

**KEBIJAKAN FORMULASI DELIK PERZINAAN
DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA
DI INDONESIA**



T E S I S

**Disusun Dalam Rangka Memenuhi Persyaratan
Mencapai Derajat Sarjana S.2
Magister Ilmu Hukum**

Oleh

**EMAN SULAEMAN
NIM : B 4A. 001021**

Dosen Pembimbing

PROF. DR. H. BARDA NAWAWI ARIEF, SH.

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG**

2005

KEBIJAKAN FORMULASI DELIK PERZINAAN DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA

Disusun Oleh

EMAN SULAEMAN
NIM : B 4A. 001021

Dipertahankan di depan Dewan Penguji
Pada tanggal 23 Juni 2005

Tesis ini telah diterima
sebagai persyaratan untuk memperoleh gelar
Magister Ilmu Hukum

Dosen Pembimbing



PROF. DR. H. BARDA NAWAWI ARIEF, SH.



Mengetahui Ketua Program
Magister Ilmu Hukum

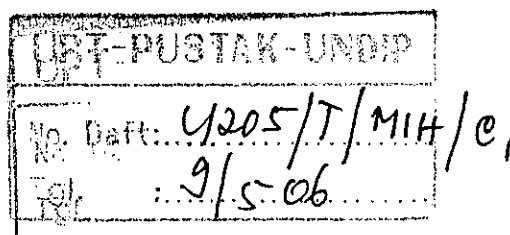
PROF. DR. H. BARDA NAWAWI ARIEF, SH.

KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan kehadirah Allah Yang Maha Esa, atas selesainya penyusunan Tesis dengan judul "**Kebijakan Formulasi Delik Perzinaan Dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia**". Tesis ini dimaksudkan sebagai suatu syarat yang harus dipenuhi untuk mencapai gelar Magister Hukum pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang.

Penulis menyadari sepenuhnya bahwa dalam rangka penyusunan Tesis ini banyak pihak yang secara langsung maupun tidak langsung telah memberikan masukan, dorongan, motivasi, dan doa kepada penulis demi kelancaran penulisan Tesis ini. Oleh karena itu dalam lembar yang terbatas ini penulis mengucapkan terima kasih yang tulus dan penghargaan setinggi-tingginya kepada:

1. Bapak Prof. Dr. H. Barda Nawawi Arief, S.H. selaku dosen pembimbing dan sekaligus sebagai Ketua Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, yang dengan tulus, penuh perhatian, dan *kebakapan* senantiasa bersedia dan menyediakan diri untuk membimbing, mendorong, membagikan ilmu dan pengalamannya kepada penulis. Kiranya apa yang penulis dapatkan dan rasakan dari beliau, dapat menjadi cermin bagi penulis dalam bergaul dan membimbing *anak-anak bangsa*. Secara khusus untuk beliau penulis berdo'a "*jazahullah ahsanal jaza wajazaan katsira, dan Allah senantiasa memberi hidayah dan kesehatan kepada beliau*".



2. Bapak-bapak dan ibu-ibu dosen Magister Ilmu Hukum Undip, terutama bapak EKO SOPONYONO yang dengan penuh keakraban dan “*menyedulur*” sering memberikan masukan ilmu dan saran kepada penulis, terutama pengalaman-pengalaman spiritualnya menjadi *ibrah* bagi penulis untuk lebih mendekatkan diri kepada Allah SWT. Juga bapak PAULUS HADI SUPRPTO yang telah memberikan masukan terutama yang berkaitan dengan metode penelitian, sehingga sangat membantu dalam penelitian Tesis ini.
3. Rekan-rekan di sekretariat Program Magister Ilmu Hukum Undip yang telah memberikan pelayanan administrasi akademik kepada penulis, sehingga penulis dapat menyelesaikan studynya.
4. Pihak Dirjen Dikti Depdiknas yang telah memberikan bea siswa yang cukup besar untuk ukuran penulis selama lima semester. Tanpa bea siswa tersebut rasanya sangat berat bagi penulis untuk menyelesaikan studi lanjut.
5. Sahabat-sahabat karib, Mahasiswa Angkatan 2001 Magister Ilmu Hukum Undip, terutama bapak HERI SUBONDO dan bapak ISKANDAR WIBAWA yang tiada henti-hentinya memotivasi penulis untuk segera menyelesaikan Tesis ini.
6. Keluarga penulis, yakni istri tercinta yang selalu setia mendampingi perjuangan penulis, terutama dengan “*laku*” spiritualnya, juga anak-anak penulis yang memotivasi penulis untuk terus berkarya dan berprestasi.
7. Pihak-pihak lain yang tidak dapat penulis sebut satu persatu yang turut membantu penyelesaian Tesis ini.

Akhirnya penulis berharap kiranya Tesis ini bermanfaat bagi para pembaca dan menjadi salah satu sumber informasi atau inspirasi untuk melakukan kajian dan penelitian lebih lanjut mengenai berbagai hal dalam rangka pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Tentu saja tulisan ini masih jauh dari kesempurnaan, karenanya penulis sangat mengharap adanya kritik dan saran dari para pembaca.

Wallahu a'lam bi al-shawab.

Semarang, Juni 2005

Penulis,

Eman Sulaeman

ABSTRAK

Penelitian ini bertolak dari dua permasalahan pokok; 1). Bagaimanakah formulasi delik perzinaan KUHP dalam perspektif kebijakan kriminal?; 2). Bagaimanakah formulasi delik perzinaan dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia? Untuk membahas permasalahan dalam penelitian ini, diperlukan metode pendekatan yuridis-normatif, yuridis-empiris, dan yuridis komparatif. Pendekatan yuridis-normatif digunakan untuk mengetahui kebijakan formulasi delik perzinaan dalam KUHP kaitannya dengan upaya penanggulangan kejahatan yang berkaitan dengan delik perzinaan. Pendekatan yuridis-empiris digunakan untuk mengetahui pandangan masyarakat tentang delik perzinaan dari aspek pidana dan pemidanaan. Selain itu juga digunakan pendekatan yuridis-komparatif untuk melihat kebijakan formulasi delik perzinaan menurut berbagai KUHP asing sekaligus juga untuk melihat prospek kebijakan formulasinya dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia (KUHP yang akan datang). Data yang terkumpul yang bersifat kualitatif dianalisis berdasarkan analisa deskriptif dan preskriptif, sedangkan yang kuantitatif dianalisis dengan yuridis empiris.

Temuan penelitian menunjukkan bahwa kebijakan formulasi delik perzinaan KUHP adalah sebuah kebijakan yang “bermasalah”. Rumusan deliknya yang hanya memidana *adultery* dan sifatnya sebagai delik aduan absolut serta ancaman pidananya yang sangat ringan adalah dilatarbelakangi oleh budaya barat (dimana KUHP itu berasal) yang bersifat *individualistik-liberalistik* dan karenanya sangat tidak sesuai dengan nilai-nilai kesusilaan masyarakat Indonesia yang masih memegang teguh nilai-nilai moral dan agama.

Oleh karena itu kebijakan formulasi delik perzinaan dalam pembaharuan hukum pidana seyogyanya dirumuskan sebagai berikut :

Pertama, rumusan deliknya harus meliputi semua bentuk perzinaan baik *adultery* maupun *fornication*.

Kedua, perzinaan baik *adultery* maupun *fornication* harus dijadikan delik biasa (*gewone delicten*), namun jika dalam proses legislasinya ada arus yang kuat menentang sifatnya sebagai delik biasa tersebut, maka delik aduan relatif dapat dijadikan sebagai kebijakan alternatif.

Ketiga, dari sudut *strafsoort*, pidana penjara sebagai pidana pokok bagi delik perzinaan masih relevan, tapi sistem perumusannya yang absolut, karena dirumuskan secara tunggal, perlu dialternatifkan atau dikumulasikan dengan pidana denda. Sekiranya perumusan secara tunggal tidak bisa dihindari dan ingin tetap dipertahankan, perlu ada ketentuan umum yang mengatur pedoman penerapan pidana agar hakim diberi kewenangan untuk membatasi dan memperlunak penerapan pidana secara tunggal tersebut. Dari sudut *strafmaat*, bobot pidananya perlu diperberat sesuai dengan bobot deliknya yang berat dan berbahaya, dan untuk menghindari *disparitas* pidana yang mencolok perlu diterapkan sistem minimal khusus. Dari sudut *strafmodus*, nara pidana yang telah menjalani 2/3 hukuman penjara bisa diberikan pelepasan bersyarat dan denda bisa dibayar secara mencicil.

Kata kunci : pembaharuan hukum pidana, *adultery*, *fornication*, delik aduan, delik biasa.

ABSTRACT

This research starting from two fundamental problems; 1). What is the formulation of criminal act of fornication or adultery at The Penal Code of Indonesia (KUHP) in perspective of criminal policy?; 2). What is the formulation of criminal act of fornication or adultery in renewal of criminal law in Indonesia? To study the problem of this research, it is need for method of approaches of *yuridis-normatif*, *yuridis-empirical*, and *yuridis of comparatif*. The *Yuridis-Normatif* approach used to know the policy of formulation of criminal act of fornication or adultery at KUHP in related with the efforts to overcome fornication or adultery. *Yuridis-Empiric* approach used to know the people view about fornication or adultery from the aspect of crime and criminalize. In Others hand also used approach *yuridis-comparatif* to see the policy of formulation of criminal act of fornication or adultery according to various Foreign KUHP and at one blow also to see the prospect of policy of it's formulation in renewal of penal reform of Indonesia. Gathered qualitative analysed base on to descriptive analysis and *preskriptif*, while quantitative data analysed with *empirical yuridis*.

The findings, however, indicates that the policy of the formulation of the criminal act concerning adultery in the KUHP is a problematic one. The formulation of the criminal act only punish those who commit adultery. Besides, it is formulated as an *absolute klacht delict* and its punishment which is very light shows that it is greatly influenced by western culture (where the KUHP was originated) which is characterized by individualism and liberalism. This is why it does not run parallel with the public morality of the Indonesian people who adhere strictly to the moral and religious values.

Based on the above reason, the penal reform related to the formulation policy of criminal act concerning adultery should be formulated as follows:

First, the formulation of its criminal act must include both adultery and fornication.

Second, Both adultery and fornication should be regarded as *gewone delicten*. Yet, should there be a strong resistance to *gewone delicten* in the process of its legislation, the *relative klacht delict* could be an alternative policy.

Third, related to the problem of punishment. When seen from *strafsoort*, the imprisonment as basic punishment for both adultery and fornication is still relevant. Yet, its formulation system which is absolute in nature, for it is formulated as a sole punishment, must be changed into alternative or cumulative formulation with fine. When seen from *strafmaat*, both fornication and adultery must be punish with heavy punishment in accordance with the category of heavy criminal act. To avoid striking disparity of punishment, the particular minimum sentencing must be applied. When seen from *strafmodus*, if the formulation as a sole punishment is the only way, and it is unavoidable one, it needs general rule concerning the guidance of the application of punishment, so that judges could have authority to confine and to make the implementation of the formulation of the sole punishment flexible.

Key words: penal reform, adultery, fornication, *klacht delicten*, *gewone delicten*.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PENGESAHAN	ii
KATA PENGANTAR	iii
ABSTRAK DALAM BAHASA INDONESIA	vi
ABSTRAK DALAM BAHASA INGGRIS	vii
DAFTAR ISI	viii
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Perumusan Masalah	14
C. Tujuan Penelitian	15
D. Manfaat Penelitian	15
E. Kerangka Pemikiran	16
F. Metode Penelitian	27
G. Sistematika Penulisan.....	30
BAB II. TINJAUAN PUSTAKA	32
A. Pembaharuan Hukum Pidana Di Indonesia	32
1. Makna, Hakekat dan Urgensi Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia	32
2. Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Rangka Pemhabaruan Hukum Pidana	44
B. Kebijakan Hukum Pidana Dalam Penanggulangan Kejahatan	53
C. Perzinaan Sebagai Masalah Sosial Dan Agama	60

D. Hubungan Antara Hukum Dan Moral/Agama	76
E. Perkembangan Pengaturan Delik Kesusilaan	94
BAB. III. HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	114
A. Kebijakan Formulasi Delik Perzinaan Dalam KUHP Dalam Perspektif Kebijakan Kriminal	114
1. Tentang Rumusan Delik	125
2. Tentang Delik Aduan Absolut	154
3. Tentang Sanksi Pidana	167
B. Kebijakan Formulasi Delik Perzinaan Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Di Indonesia	176
1. Delik Perzinaan dalam Berbagai KUHP Negara Asing; Sebuah Perbandingan Hukum	176
2. Prospek Kebijakan Formulasi Delik Perzinaan dalam Pembaharuan KUHP di Indonesia	220
BAB IV. PENUTUP	252
A. Kesimpulan	252
B. Saran-Saran	257
DAFTAR PUSTAKA.....	260

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG MASALAH

Di Indonesia dewasa ini tengah berlangsung usaha untuk memperbaharui Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) sebagai bagian dari usaha pembaharuan hukum nasional yang menyeluruh. Usaha pembaharuan itu tidak hanya karena alasan bahwa KUHP yang sekarang diberlakukan dianggap tidak sesuai lagi dengan tuntutan perkembangan masyarakat, tetapi juga karena KUHP tersebut tidak lebih dari produk warisan penjajahan Belanda, dan karenanya tidak sesuai dengan pandangan hidup bangsa Indonesia yang merdeka dan berdaulat.¹

Barda Nawawi Arief merumuskan tiga latar belakang dan urgensi pembaharuan hukum pidana dengan meninjaunya dari aspek sosio-politik, sosio-filosofik dan sosio- kultural.² Sedangkan Soedarto menyebut ada tiga alasan mengapa KUHP perlu diperbaharui, yakni : alasan politik, sosiologis dan praktis.³

Dipandang dari *sudut politik*, Negara Republik Indonesia yang merdeka adalah wajar mempunyai KUHP yang diciptakannya sendiri. KUHP yang diciptakan sendiri bisa dipandang sebagai lambang (symbol) dan merupakan suatu kebanggaan

¹ Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia; Studi tentang Bentuk-Bentuk Pidana Dalam Tradisi Hukum Fiqh dan Relevansinya Bagi Usaha Pembaharuan KUHP Nasional*, Angkasa, Bandung, 1996, hal. 1

² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya, Bandung, 1996, hal. 30

³ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hal. 66-68

dari suatu negara yang telah merdeka dan melepaskan diri dari kungkungan penjajahan politik. KUHP dari negara, yang “dipaksakan” untuk diperlakukan di suatu negara lain, bisa dipandang sebagai simbol dari penjajahan oleh negara yang membuat KUHP itu. Contohnya ialah Negeri Belanda. Ketika negeri ini dijajah oleh Perancis dengan Louis Napoleon sebagai raja, dan meskipun negeri Belanda sudah mempunyai KUHP-nya sendiri, namun pada tahun 1811 Code Penal Perancis, yang berbahasa Perancis itu, dinyatakan berlaku bagi rakyat Belanda. Demikian pula halnya dengan pemaksaan KUHP Jepang atas Korea pada tahun 1913, saat negeri Korea ini dijajah oleh Jepang.

Alasan kedua adalah alasan yang dipandang dari *sudut sosiologis*. Telah dikemukakan di muka, bahwa pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik suatu bangsa dimana hukum itu berkembang. Ini berarti bahwa nilai-nilai sosial dan kebudayaan dari bangsa itu mendapat tempat dalam pengaturan hukum pidananya. Ukuran untuk mengkriminalisasikan sesuatu perbuatan tergantung dari nilai-nilai dan pandangan kolektif yang terdapat dalam masyarakat tentang apa yang baik, yang benar, yang bermanfaat atau sebaliknya. Jadi pandangan masyarakat tentang kesusilaan dan agama sangat berpengaruh dalam pembentukan hukum, khususnya hukum pidana. Dari segi sosiologi atau lebih tepat dan dari segi antropologi sudah mendapat jawaban dari Van Vollenhoven, Ter Haar dan Idema menyimpulkan bahwa KUHP itu tidak cocok bagi bangsa Indonesia. Yang jelas ialah bahwa ada perbuatan yang menurut ukuran-ukuran bangsa Indonesia harus diancam pidana, tidak dipidana dalam KUHP, misalnya sumbang (incest). Juga

apabila diperhatikan pendapat-pendapat yang dikumpulkan dalam penelitian yang dilakukan oleh Lembaga Pembinaan Hukum Nasional pada tahun 1973 di tiga daerah, ialah Aceh, Bali dan Manado, maka akan dapat diketahui keinginan-keinginan dari sebagian masyarakat yang belum mendapat pengaturan dalam KUHP sekarang ini.

Alasan terakhir mengapa KUHP sekarang ini harus segera diganti ialah merupakan alasan yang dipandang dari *sudut praktek sehari-hari*. Tidak banyak orang yang menyadari sekarang ini, bahwa teks resmi dari KUHP ini adalah tetap *teks yang ditulis dalam bahasa Belanda*. Teks yang tercantum dalam KUHP yang disusun oleh Moeljanto, oleh R. Soesilo dan lain-lain itu merupakan terjemahan belaka; bukan terjemahan resmi yang disahkan oleh sesuatu undang-undang.

Sehubungan dengan kenyataan bahwa teks resmi KUHP itu masih bahasa Belanda, maka sebenarnya apabila hendak menerapkan KUHP itu secara tepat, maka orang harus mengerti bahasa Belanda. Kiranya hal ini tidak mungkin diharapkan dari bangsa yang sudah merdeka dan mempunyai bahasa nasionalnya sendiri. Maka dari sudut inipun KUHP yang sekarang ini harus diganti dengan KUHP nasional. Janggallah kiranya menerapkan suatu peraturan kepada suatu perbuatan berdasarkan teks yang tidak asli. Hal ini setidaknya-tidaknya masih “aman dan tidak berbahaya”, apabila para pelaksana hukum atau penegak hukum dibekali ilmu pengetahuan hukum yang memadai dan disertai rasa kasih sayang terhadap sesama yang tebal dan rasa keasihan yang tinggi.

Oleh karena itu pembaharuan KUHP merupakan suatu keharusan yang tidak dapat ditawar. Berbagai negara lain bahkan juga banyak yang terlibat dalam

usaha pembaharuan kodifikasi hukum pidana masing-masing, terutama setelah Perang Dunia II, baik negara-negara seperti Jerman, Polandia, Swedia, Jepang, Yugoslavia maupun negara-negara yang baru tumbuh setelah Perang Dunia II seperti Korea Selatan, Mali dan lain sebagainya. Korea Selatan telah memberlakukan KUHP produk sendiri sejak tahun 1953 menggantikan warisan penjajahan sebelumnya. Sedangkan Mali mengesahkan KUHP sendiri tahun 1953. Karena itu, Indonesia yang telah memproklamasikan diri sebagai negara yang merdeka dan berdaulat pada tahun 1945, dalam hubungan ini dapat dianggap sangat lambat dalam usaha pembaharuan KUHP-nya. Hingga kini, KUHP warisan penjajahan Belanda yang diberlakukan belum juga kunjung digantikan dengan yang baru, meskipun konsep Rancangan KUHP barunya telah dirumuskan berkali-kali.⁴

Upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia telah dilakukan baik secara parsial (tambal sulam) maupun secara total.

Pembaharuan secara parsial merupakan upaya-upaya penyesuaian Hukum Pidana Materiil dengan perkembangan masyarakat. Pembaharuan ini dilakukan secara fragmentaris baik perubahan terhadap KUHP maupun pembaharuan Hukum Pidana di luar KUHP dengan membuat peraturan perundangan hukum pidana di luar KUHP yang di antaranya adalah :⁵

1. UU no. 1 tahun 1946
2. UU no. 20 tahun 1946

⁴ Jimly Asshiddiqi, *Op. Cit.*, hal. 2

⁵ Sebagian (no. 1 s.d. 13) bersumber dari Soedarto, *Op. Cit.*, hal. 108.

3. UU no. 73 tahun 1958
4. Lembaran Negara no. 1 tahun 1960
5. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang no. 16 tahun 1960
6. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang no. 18 tahun 1960
7. Undang-Undang no. 1 PNPS tahun 1965
8. UU no. 7 tahun 1974
9. UU no. 4 tahun 1976
10. UU no.7 Drt. tahun 1955
11. UU no. 11 PNPS tahun 1963
12. UU no. 3 tahun 1971
13. UU no. 9 tahun 1976.
14. UU no. 4 tahun 1982 jo. UU no. 23 tahun 1997 tentang Lingkungan Hidup
15. UU no. 5 tahun 1997 tentang Psikotropika
16. UU no. 22 tahun 1997 tentang Narkotika
17. UU no. 28 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari KKN
18. UU no. 31 tahun 1999 jo. UU no. 20 tahun 2001 tentang Tindak Pidana Korupsi
19. UU no. 15 tahun 2002 jo. UU No. 25 tahun 2003 Tentang Money Laundering
20. Dan lain-lain.

Sedangkan upaya pembaharuan KUHP secara total dimulai dengan adanya rekomendasi hasil seminar Hukum Nasional I tahun 1963 yang menyerukan agar rancangan kodifikasi hukum pidana nasional secepat mungkin diselesaikan.

Kemudian pada tahun 1964 dirumuskan konsep yang pertama kali dan diikuti dengan konsep 1968, konsep 1971/1972, konsep BAS (1977), konsep 1979, konsep 1982/1983, konsep 1984/1985, konsep 1985/1986, konsep 1986/1987, konsep 1987/1988, konsep 1989/1990, konsep 1990/1991 yang kemudian terus direvisi dengan konsep 1993, 1997/1998, konsep 1999/2000, konsep 2002 dan yang terakhir adalah konsep KUHP tahun 2004.

Gagasan perubahan demi perubahan seperti disebut di muka, pada dasarnya tidak terlepas dari pertimbangan-pertimbangan politis, filosofis, sosiologis, dan pertimbangan praktis yang menjadi alasan dilakukannya pembaharuan KUHP itu. Salah satu implikasi dari pertimbangan-pertimbangan itu adalah bahwa perumusan ketentuan dalam KUHP baru itu seyogyanya merupakan produk kesadaran hukum masyarakat Indonesia sendiri atau, paling tidak, merupakan perumusan yang dekat dengan kesadaran hukum masyarakat Indonesia. Artinya, perumusan ketentuan hukum baru itu jangan sampai semata-mata merupakan produk kesadaran hukum Barat sebagaimana tampil dalam kenyataan KUHP lama yang merupakan warisan penjajahan Belanda di Indonesia.

Oleh karena itu, salah satu masalah yang kemudian timbul dalam hubungan ini, adalah dari manakah sumber perumusan KUHP baru itu harus diambil. Dengan menghindari idealisasi peranan hukum adat yang merupakan produk pengalaman historis kesadaran hukum masyarakat Indonesia sendiri dalam arti sempit, dalam kenyataannya, selama ini telah berkembang berbagai "sistem hukum" pada saat bersamaan. Paling kurang kehidupan hukum di Indonesia dewasa ini

merupakan gabungan dari berbagai macam hukum, baik yang datang dari barat, dari sumber hukum adat, tradisi Islam, maupun dari sumber lainnya. Sehubungan dengan itu, mau tidak mau, usaha pembaharuan KUHP haruslah dilengkapi dengan kegiatan studi mengenai berbagai sumber tersebut.

Salah satu upaya pembaharuan hukum pidana yang selalu menjadi bahan perdebatan yang seru dan panjang adalah mengenai delik *perzinaan*.

Dalam KUHP, delik perzinaan dikelompokkan ke dalam bab tentang kejahatan terhadap kesusilaan. Khusus mengenai delik perzinaan diatur dalam pasal 284 yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut :

“Pasal 284, (1) Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan :

- ke-1 a. seorang pria telah nikah yang melakukan zina, padahal diketahui, bahwa pasal 27 BW berlaku baginya;
 - b. seorang wanita telah nikah yang melakukan zina;
 - ke-2 a. seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui, bahwa yang turut bersalah telah nikah;
 - b. seorang wanita tidak nikah yang turut serta melakukan perbuatan itu padahal diketahui olehnya, bahwa yang turut bersalah telah nikah dan pasal 27 BW berlaku baginya;
- (2) Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas pengaduan suami/istri yang tercemar, dan bilamana bagi mereka berlaku pasal 27 BW, dalam tempo tiga bulan diikuti dengan permintaan bercerai atau pisah meja dan tempat tidur, karena alasan itu juga.
 - (3) Terhadap pengaduan ini tidak berlaku pasal 72, 73 dan 75.
 - (4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.
 - (5) Jika bagi suami-istri berlaku pasal 27 BW, pengaduan tidak diindahkan selama pernikahan belum diputuskan

karena perceraian atau sebelum keputusan yang menyatakan pisah meja dan tempat tidur menjadi tetap.

Dari ketentuan-ketentuan tersebut di atas maka dapat ditarik kesimpulan pemahaman bahwa :

1. KUHP merumuskan bahwa hubungan seksual di luar pernikahan hanya merupakan suatu kejahatan (delik perzinaan), apabila para pelaku atau salah satu pelakunya adalah orang yang telah terikat dalam perkawinan dengan orang lain. Hubungan seksual di luar perkawinan, antara dua orang yang sama-sama lajang, sama sekali bukan merupakan tindak pidana perzinaan.
2. KUHP menetapkan bahwa delik perzinaan termasuk ke dalam salah satu delik aduan absolut. Artinya meskipun telah terjadi perzinaan sebagaimana pengertian rumusan pasal 284 KUHP, pelakunya tidak dapat dituntut pidana apabila tidak ada pengaduan dari pihak suami atau istri yang dirugikan.

Rumusan KUHP tentang delik perzinaan seperti tersebut di atas menurut Harkristuti Markrusnowo lebih mencerminkan nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat di Eropa barat ketika itu daripada nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat Indonesia.⁶ Bahkan Barda Nawawi Arief⁷ menyoroti secara panjang lebar terhadap delik perzinaan dalam KUHP (khususnya dalam hal delik aduan dari perzinaan) sebagai kebijakan yang tidak berorientasi pada pendekatan kebijakan (*policy oriented approach*). Secara singkat Barda menyatakan bahwa; delik aduan dalam delik

⁶ Harkristuti Harkrisnowo, *Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, dalam Muhamamad Amin Suma (Ed.), *Pidana Islam di Indonesia : Peluang, Prospek dan Tantangan*, Pustaka Firdaus, Jakarta, th. 201, hal. 181.

⁷ Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 278-286, lihat juga hal. 317-324 pada buku yang sama.

perzinaan sebagaimana diatur dalam KUHP dilatarbelakangi oleh pandangan barat yang individualistik-liberalistik, sehingga wajar jika perzinaan hanya dipandang bersifat pribadi (sangat privat).

Berbeda halnya dengan Indonesia yang struktur sosial budaya masyarakatnya lebih bersifat kekeluargaan, kolektivistik dan monodualistik, masalah perzinaan dan lembaga perkawinan bukan semata-mata masalah privat dan kebebasan individual, tapi juga menjadi masalah sosial, sehingga dari sudut kebijakan, adalah kurang bijaksana jika delik perzinaan dijadikan sebagai delik aduan absolut. Bahkan Barda menyatakan bahwa dalam kondisi masyarakat Indonesia yang sebagian besar posisi istri sangat lemah dan bergantung pada suami, justru delik aduan absolut ini menjadi faktor kriminogen. Akibat lebih buruk dari kebijakan tersebut telah memberi peluang yang lebih besar bagi terjadinya pelanggaran kesucian lembaga perkawinan dan hubungan seksual di luar pernikahan yang pada gilirannya akan menumbuhsururkan dunia pelacuran dan tersebarinya penyakit kotor AIDS.

Oleh sebab itu Jonkers pernah mengingatkan agar jangan tergesa-gesa menentukan suatu peristiwa pidana sebagai delik pengaduan. Demikian pula dalam delik perzinaan dan delik-delik kesusilaan yang lain yang dijadikan sebagai delik pengaduan, merupakan hal-hal yang tidak hanya mengenai orang-orang yang bersangkutan, tetapi juga merupakan hal yang penting bagi negara. Maka tidak

mengerankan jika aliran-aliran baru dalam hukum pidana tidak begitu menyetujui lembaga ini.⁸

Sesungguhnya yang menjadi masalah dalam delik perzinaan KUHP ini tidak semata-mata terletak pada aspek delik aduan absolutnya. Rumusan tentang deliknya pun tidak sesuai dengan nilai-nilai kesusilaan masyarakat Indonesia yang religius dan mayoritas memeluk agama Islam. Dalam agama Islam delik perzinaan dirumuskan sebagai hubungan seksual (persetubuhan) antara pria dengan wanita yang tidak terikat oleh perkawinan yang sah yang dilakukan secara sengaja.⁹ Jadi menurut Islam, agama yang dianut oleh mayoritas masyarakat Indonesia, delik perzinaan rumusannya bukan hanya dilakukan oleh orang-orang yang sudah berkeluarga saja, tetapi juga yang dilakukan oleh orang yang belum/tidak berkeluarga asalkan sudah mukallaf (dewasa).

Islam memandang hubungan seksual di luar pernikahan sebagai perbuatan yang sangat keji dan merupakan jalan yang sesat. Di dalam Al Qur'an surat Al Isra' ayat 32 Allah berfirman yang artinya, "Dan janganlah kamu mendekati zina, sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk."¹⁰ Larangan mendekati zina memberi arti bahwa jangankan berbuat zina, melakukan perbuatan

⁸ Jonkers, *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda (terj.)*, Bina Aksara, Jakarta, 1987, hal. 247

⁹ Abdul Aziz Dahlan (Ed.), *Ensiklopedi Hukum Islam*, jld. 6, Ikhtiar Baru van Houve, Jakarta, 1996, hal. 1996. hal. 2026, lihat pula Abdurrahman bin Muhammad bin Sulaiman, *Majma'ul Anhur fi Syarhil Multaqal Abhur*, jld. I, Ulan Masydar, 1319, hal. 585, juga dapat di lihat dalam Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, jld. II, hal. 585.

¹⁰ Departemen Agama Republik Indonesia, *Al Qur'an dan Terjemahannya*, PT. Kumudasmoro Grafindo, 1994, hal. 429.

apa saja yang biasanya menjadi pendahuluan atau bisa mengarah pada perzinaan adalah termasuk pada perbuatan yang melanggar kesusilaan.

Sebetulnya bukan hanya Islam, agama yang mencela dan memandang bahwa perzinaan itu sebagai salah satu bentuk tindak pidana yang serius dan berat, agama Yahudi sebagaimana diatur di dalam kitab Taurat dan Nasrani dalam kitab Injil pun memandang perzinaan sebagai sebuah perbuatan keji yang karenanya harus dihukum berat, yakni di lempari batu hingga mati.¹¹

Oemar Seno Adji menekankan perlunya unsur agama sebagai sumber ilham dalam menentukan delik-delik susila. Unsur agama sebagai faktor determinan dalam menghadapi keragaman mengenai luas lingkup kesusilaan. Norma-norma agama yang diakui dan dianut oleh masyarakat, justru memberikan ciri yang khas dalam menentukan adanya pelanggaran terhadap kesusilaan.¹²

Pemisahan antara negara dan agama melalui doktrin "*separation of state and church*" tidak pernah dianut di negara ini. Indonesia adalah negara yang berketuhanan dimana agama menempati posisi sentral dan merupakan unsur yang harus ada dalam *national and character building*, sehingga negara dapat mengambil peran aktif terhadap masalah agama dan sekaligus juga memberikan peluang untuk perkembangan suatu agama. Relevan kiranya apa yang pernah diungkapkan oleh

¹¹ Leden Marpaung, *Kejahatan terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996, hal. 4-5.

¹² Oemar Seno Adji, *Hukum (Acara) Pidana dalam Prospekti*, Airlangga, Jakarta, 1976, hal. 45.

Alfred Denning bahwa “*Without religion there can be no morality and without morality there can be no law*”.¹³

Ismail Saleh (Menteri Kehakiman tahun 1988-1993) pernah mengatakan bahwa karena mayoritas rakyat Indonesia ini beragama Islam, adalah wajar kalau hukum Islam itu menjadi salah satu bahan mentah dalam pembinaan hukum nasional, di samping hukum adat dan hukum internasional.¹⁴

Menurut Barda Nawawi Arief, keinginan dan usaha untuk melakukan kajian/penggalian hukum yang hidup (yang bersumber dari nilai-nilai hukum agama dan hukum tradisional/adat) telah dikemukakan dalam berbagai forum ilmiah.

Keinginan itu menunjukkan kesadaran perlunya dicari norma hukum yang bersumber dan berakar pada nilai-nilai budaya, moral dan agama. Di pihak lain, keinginan itu menunjukkan kecenderungan adanya ketidakpuasan, keprihatinan dan krisis kepercayaan terhadap sistem hukum dan kebijakan hukum yang selama ini ada. Kecenderungan demikian tampaknya juga menjadi kecenderungan kongres-kongres internasional di bidang hukum pidana dan kriminologi.¹⁵

Forum-forum seminar baik nasional maupun internasional yang menghasilkan kesimpulan dan rekomendasi akan perlunya pengkajian dan penggalian hukum agama dan hukum adat dalam pembaharuan hukum pidana seperti yang

¹³ Chaeruddin, *Delik Perzinaan dalam Perspektif KUHP Nasional*, Mimbar Hukum No. 32 Th. VIII, Al Hikmah dan Ditbinbapera Islam, Jakarta, hal. 33.

¹⁴ Masykuri Abdillah, *Hukum Islam dalam Konteks Hukum Nasional*, Makalah dalam Seminar dan Bedah Buku Elektisisme Hukum Nasional, Program Pascasarjana, IAIN Walisongo Semarang, 20 Juni 2002, hal. 5.

¹⁵ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya, Bandung, 2003, hal. 45.

dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief seperti tersebut di atas antara lain tertuang dalam :

1. Kesepakatan pertemuan ilmiah nasional (antara lain dalam Seminar Hukum Nasional I/1963; IV/1979; VI/1995; VIII/2003; dan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional 1980).
2. Kebijakan Legislatif Nasional (antara lain dalam UU No. 1 Drt. 1951 dan UU No. 14/1970 jo UU No. 35/1999, jo. UU No. 4 tahun 2004.
3. Laporan Kongres PBB mengenai "*The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*" (antara lain Kongres V/1975; Kongres VI/1980; Kongres VII/1985; Kongres VIII/1990).
4. Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII tahun 2003 di Kuta, Denpasar Bali, memberikan kesimpulan dan rekomendasi (saran pemecahan masalah) antara lain :
: "Menjadikan ajaran agama sebagai sumber motivasi, sumber inspirasi dan sumber evaluasi yang kreatif dalam membangun insan hukum yang berakhlak mulia, sehingga wajib dikembangkan upaya-upaya konkrit dalam muatan kebijakan pembangunan hukum nasional yang dapat :
 - memperkuat landasan budaya keagamaan yang sudah berkembang dalam masyarakat
 - memfasilitasi perkembangan keberagamaan dalam masyarakat dengan kemajuan bangsa

- mencegah konflik sosial antar umat beragama dan meningkatkan antar umat beragama.”¹⁶

Atas dasar pemikiran seperti itulah maka Garis-garis Besar Haluan Negara (GBHN) 1999 menentukan arah kebijakan dibidang hukum dengan Menata Sistem Hukum Nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial yang diskriminatif, termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaiannya dengan tujuan reformasi melalui program legislasi.¹⁷

Berdasarkan permasalahan di atas maka perlu kiranya merumuskan kebijakan hukum pidana yang secara efektif dapat menanggulangi kejahatan yang berkaitan dengan delik perzinaan agar lebih sesuai dengan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sebagai bagian dari pembaharuan hukum nasional.

B. PERUMUSAN MASALAH

Berdasarkan uraian latar belakang sebagaimana tersebut di atas, permasalahan dalam penelitian tesis ini dirumuskan sebagai berikut:

1. Bagaimanakah kebijakan formulasi delik perzinaan yang telah diatur dalam KUHP dalam perspektif kebijakan kriminal?
2. Bagaimanakah kebijakan formulasi delik perzinaan dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia?

¹⁶ Barda Nawawi Arief, *Pokok-pokok Pemikiran (Ide Dasar) Asas-asas Hukum Pidana Nasional*, Makalah Pada Seminar Nasional “Asas-Asas Hukum Pidana Nasional”, Kerjasama BPHN dan HAM dengan FH UNDIP, Semarang, 26-27 April 2004, hal. 4-7.

¹⁷ GBHN’99, Bab IV A.2, Zahwa Putra Solo, hal. 21.

C. TUJUAN PENELITIAN

Bertolak dari permasalahan di atas maka secara keseluruhan penelitian ini bertujuan untuk:

1. Mengetahui^v kebijakan delik perzinaan dalam KUHP perspektif kebijakan kriminal.
2. Mengetahui kebijakan formulasi delik perzinaan dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia^(ditinjau) dari sudut kebijakan kriminal.

D. MANFAAT PENELITIAN

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberi manfaat, baik secara teoritis keilmuan maupun secara praktis;

1. Dari segi teoritis keilmuan, hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi terhadap pengembangan keilmuan, khususnya ilmu hukum pidana dan dapat melengkapi khasanah kajian serta memberikan sumbangan pemikiran bagi upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia yang saat ini sedang giat dilakukan.
2. Dari segi praktis, hasil penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan pertimbangan atau masukan informasi yang lebih konkrit bagi para legislator, terkait dengan upaya pembaharuan Rancangan Undang-Undang KUHP.

E. KERANGKA PEMIKIRAN

Pembaharuan hukum pidana merupakan masalah yang sangat penting dan mendesak, karena hukum pidana adalah masalah yang dilematis bagi negara. Di satu sisi sebagai sarana untuk melindungi masyarakat dari ancaman kejahatan jika digunakan secara hemat cermat dan manusiawi, tetapi di sisi lain dapat menjadi ancaman bagi hak asasi manusia yang semestinya dilindungi oleh hukum pidana tersebut jika hukum pidana digunakan secara sembarangan dan secara paksa.

Begitu penting dan mendesaknya pembaharuan hukum pidana di samping karena pertimbangan di atas, juga karena secara faktual KUHP yang berlaku di Indonesia sekarang adalah warisan kolonial Belanda yang disana-sini banyak yang tidak sesuai lagi dengan kondisi dan kebutuhan hukum masyarakat Indonesia, sebagaimana yang telah diuraikan di muka.

Pembaharuan Hukum Pidana yang menyeluruh harus meliputi pembaharuan Hukum Pidana Materiel (*substantief*), Hukum Pidana Formil (Hukum Acara Pidana) dan Hukum Pelaksanaan Pidana (*strafvollstreckungsgesetz*). Ketiga bidang hukum pidana itu harus bersama-sama diperbaharui, bila tidak, akan terjadi kesulitan dalam pelaksanaan. Tujuan utama dari pembaharuan itu ialah penanggulangan kejahatan.¹⁸

¹⁸ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hal. 60.

Pembaharuan Hukum Pidana (*penal reform*) merupakan bagian dari Kebijakan/Politik Hukum Pidana (*penal policy*), yang oleh Barda Nawawi Arief dinyatakan sebagai berikut:

"Makna dan hakikat Pembaharuan Hukum Pidana berkaitan erat dengan latar belakang urgensi diadakannya Pembaharuan Hukum Pidana itu sendiri. Pidana dapat ditinjau dari aspek sosio-politik, sosio-filosofik, sosio-kultural atau dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum). Pembaharuan Hukum Pidana juga berkaitan erat dengan berbagai aspek, artinya Pembaharuan Hukum Pidana juga pada hakekatnya harus merupakan perwujudan dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek dan kebijakan yang melatarbelakanginya. Dengan demikian Pembaharuan Hukum Pidana pada hakikatnya mengandung makna suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi Hukum Pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Secara singkat dapat dikatakan bahwa pembaharuan Hukum Pidana pada hakikatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented approach*) dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value-oriented approach*). Pembaharuan hukum Pidana harus berorientasi pada kebijakan karena memang pada hakekatnya ia merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan (*policy*), yaitu bagian dari Politik Hukum, Politik Hukum Pidana, Politik Kriminal dan Politik Sosial.¹⁹

Politik Hukum Menurut Sudarto adalah :

- a. Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik, sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat.²⁰
- b. Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa berguna untuk

¹⁹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya, Bandung, 1996, hal. 30-31

²⁰ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981, hal. 159.

mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.²¹

Politik hukum pidana yang merupakan bagian dari politik hukum menurut Barda Nawawi Arief mengandung arti bagaimana mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundang-undangan pidana yang baik.²² Marc Ancel mengartikan politik hukum pidana sebagai suatu ilmu sekaligus seni yang bertujuan untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik.²³

Menurut A. Mulder, politik hukum pidana (*strafrechtspolitik*) ialah garis kebijakan untuk :

- a. Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah atau diperbaharui;
- b. Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana;
- c. Cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.²⁴

Melaksanakan Politik Hukum Pidana menurut Sudarto berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna.²⁵ Atau usaha mewujudkan peraturan

²¹ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 20.

²² Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 28.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hal. 153.

perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang.²⁶

Politik Kriminal (kebijakan kriminal) menurut Sudarto mempunyai tiga arti, yaitu :

- a. Dalam arti sempit, keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dan reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana.
- b. Dalam arti luas, keseluruhan fungsi dari aparat penegak hukum, termasuk didalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi.
- c. Dalam arti paling luas, keseluruhan kebijakan yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentra masyarakat.²⁷

Sudarto juga mengartikan Politik Kriminal sebagai usaha rasional dari masyarakat dalam menanggulangi kejahatan.²⁸

Marc Ancel memberikan definisi Politik Kriminal sebagai "*the rational organization of the social of crime by society*".²⁹

G. Peter Hoefnagels mengemukakan "*Criminal policy is the rational organization of the social reaction to crime*"³⁰ Pengertian lain dari politik kriminal menurut G. P. Hoefnagels adalah :

- a. *Criminal policy is the science of responses;*

²⁶ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hal. 109.

²⁷ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 161.

²⁸ *Ibid.*, hal. 113.

²⁹ Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 2.

³⁰ *Ibid.*

- b. *Criminal policy is the science of crime prevention;*
- c. *Criminal policy is a policy of designating human behavior as crime;*
- d. *Criminal policy is a rational total of the responses to crime.*³¹

Menurut G. P. Hoefnagels ruang lingkup politik kriminal (*criminal policy*) sangat luas, karena merupakan keseluruhan upaya. untuk penanggulangan kejahatan yang dapat ditempuh melalui tiga cara, yaitu :

- a. Penerapan hukum pidana (*criminal law application*);
- b. Pencegahan tanpa pidana (*prevention without punishment*);
- c. Mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan dan pemidanaan lewat media massa (*"influencing views of society on crime and punishment/mass media"*)³²

Dari paparan G. P. Hoefnagels tersebut dapat disimpulkan, bahwa politik kriminal dapat ditempuh melalui dua cara, yaitu dengan menggunakan sarana *penal* (Hukum Pidana) dan sarana *non penal*.

Penggunaan sarana penal dan non penal juga dikemukakan oleh Sudarto sebagai berikut:

"Secara kasar dapatlah dibedakan, bahwa upaya penanggulangan kejahatan lewat jalur penal lebih menitikberatkan pada sifat "*repressive*" sesudah kejahatan terjadi, sedangkan jalur non penal lebih menitikberatkan pada sifat "*preventive*" sebelum kejahatan terjadi. Dikatakan sebagai perbedaan secara kasar, karena tindakan *repressive* pada hakekatnya dapat dilihat sebagai tindakan *preventive* dalam arti luas".³³

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, hal. 48.

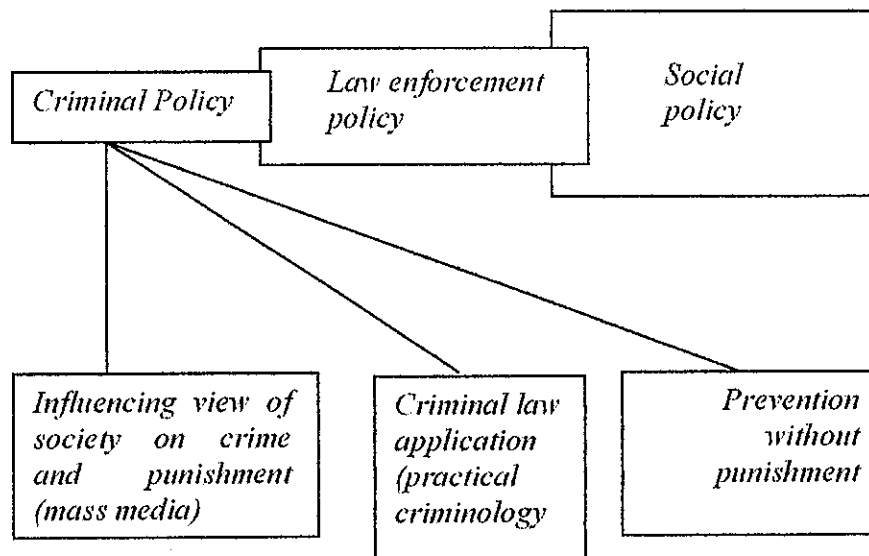
³³ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung 1981, halaman 118

Dari paparan sebelumnya dapat disimpulkan bahwa Pembaharuan Hukum Pidana merupakan bagian dari Politik Hukum Pidana (*"Penal policy"*), sedangkan Politik Hukum Pidana sendiri merupakan bagian dari politik kriminal, yaitu usaha yang rasional untuk menanggulangi kejahatan. Dengan demikian maka tujuan yang akan dicapai dalam Pembaharuan Hukum Pidana tidak berbeda dengan tujuan dari Politik Kriminal yaitu penanggulangan kejahatan.

Politik Kriminal merupakan bagian dari Politik Sosial atau Kebijakan Sosial (*social policy*) yang berarti segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat yang sekaligus mencakup perlindungan masyarakat. Dengan demikian, pengertian *"social policy"* sekaligus mencakup pengertian *"social welfare policy"* dan *"social defence policy"*.

Menurut G. P. Hoefnagels, Politik Sosial (*"social policy"*) mencakup kebijakan penegakan hukum (*"law enforcement policy"*), sedangkan kebijakan penegakan hukum (*"law enforcement policy"*) mencakup politik kriminal (*"criminal policy"*). *Criminal policy* sendiri dapat dilakukan melalui tiga cara, yaitu *influencing view of society on crime and punishment (mass media)*, *crime law application ("practical criminology")* dan *prevention without punishment*.

G. P. Hoefnagels memberikan skema tentang hal tersebut sebagai berikut :³⁴



Dari paparan di atas dapat disimpulkan bahwa Pembaharuan Hukum Pidana (*penal reform*) merupakan bagian dari Politik Hukum Pidana (*penal policy*), sedangkan politik hukum pidana sendiri merupakan bagian dari politik kriminal (*criminal policy*). *Criminal policy* merupakan bagian dari politik penegakan hukum (*law enforcement policy*) yang merupakan bagian dari Politik Sosial (*social policy*). Dengan demikian apabila tujuan dari Politik Sosial adalah upaya untuk mencapai kesejahteraan sosial, maka tujuan dari Pembaharuan Hukum Pidana juga untuk mencapai kesejahteraan sosial.

³⁴ Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 4.

Supaya pembaharuan Hukum Pidana yang berdasar pada kebijakan kriminal, kebijakan penegakan hukum dan kebijakan sosial tersebut dapat dilaksanakan, maka kebijakan-kebijakan tersebut harus berorientasi pada nilai-nilai yang ada di tengah masyarakat. Oleh karenanya, Pembaharuan Hukum Pidana juga harus berorientasi pada nilai (*value oriented approach*). Berkaitan dengan hal tersebut, Barda Nawawi Arief menyatakan sebagai berikut :

"Pembaharuan Hukum Pidana pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (*reorientasi dan reevaluasi*) nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofik dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif Hukum Pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan (reformasi) Hukum Pidana apabila orientasi nilai dari Hukum Pidana yang dicita-citakan (misal KUHP baru) sama saja dengan orientasi nilai dari Hukum Pidana lama warisan penjajah (KUHP lama atau WvS)".³⁵

Dari pengertian Pembaharuan Hukum Pidana yang harus berorientasi pada kebijakan dan nilai tersebut, maka Pembaharuan Hukum Pidana (materiel) tidak hanya memperbaiki KUHP yang telah ada, namun sebagaimana disampaikan Gustav Radbruch, harus menggantikannya dengan yang lebih baik.

Van Bemmelen menyatakan bahwa yang dilakukan Pemerintah Republik Indonesia sejak awal kemerdekaan terhadap Hukum Pidana sampai dengan sekarang, terutama yang berhubungan dengan KUHP, adalah sekedar "tambal sulam", sehingga bentuknya menjadi semacam "*lappedeken*"³⁶ yaitu selimut yang terbuat dari serpihan

³⁵ *Ibid.*, hal. 32

³⁶ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*; halaman 93

kain yang beraneka ragam dijahit menjadi satu sehingga merupakan bentuk suatu peraturan Hukum Pidana yang sangat menyedihkan.

Guna mengatasi hal tersebut, harus dilaksanakan suatu Politik Hukum Pidana yaitu suatu usaha untuk mewujudkan Pembaharuan Hukum Pidana yang sesuai dengan situasi dan keadaan masa kini dan masa mendatang yaitu dengan membuat peraturan perundang-undangan pidana yang baru (KUHP baru) dengan melalui pendekatan yang berorientasi pada kebijakan dan nilai yang bertujuan untuk menanggulangi kejahatan.

Salah satu jenis tindak pidana dalam KUHP yang harus diperbaharui adalah delik perzinaan. Secara etimologis zina berasal dari bahasa Arab yang artinya persetubuhan di luar pernikahan.³⁷ Dalam bahasa Inggris kata zina disebut sebagai *fornication* yang artinya persetubuhan di antara orang dewasa yang belum kawin dan *adultery* yang artinya persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki dengan perempuan yang bukan suami istri dan salah satu atau keduanya sudah terikat dalam perkawinan dengan suami/istri lain.³⁸

Untuk *fornication* dalam bahasa Arab digunakan istilah *zina ghoiru muhsan*, sementara untuk *adultery* dalam bahasa Arab digunakan istilah *zina muhsan*.

Secara terminologis Kamus Besar Bahasa Indonesia mendefinisikan perzinaan ke dalam dua pengertian : *pertama* adalah perbuatan bersenggama antara laki-laki dan perempuan yang tidak terikat oleh hubungan pernikahan (perkawinan),

³⁷ Fadhel Ilahi, *Zina*, (terj.), Qisthi Press, Jakarta, 2004, hal. 7.

³⁸ Oemar Seno Adji, *Hukum (Acara) Pidana dalam Prospekti*, cet. Ke-2, Erlangga, Jakarta, 1976, hal. 49-51.

dan *kedua* adalah perbuatan bersenggama seorang laki-laki yang terikat perkawinan dengan seorang perempuan yang bukan istrinya, atau seorang perempuan yang terikat perkawinan dengan seorang laki-laki yang bukan suaminya.³⁹ Sementara dalam hukum Islam perzinaan adalah hubungan seksual (persetubuhan) antara pria dengan wanita yang tidak terikat oleh perkawinan yang sah yang dilakukan secara sengaja.⁴⁰

R. Sugandhi dalam memberikan penjelasan terhadap Pasal 284 KUHP tentang perzinaan membagi zina kepada dua pengertian. Menurut pengertian umum zina dimaknai sebagai persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki dan perempuan atas dasar sama sama suka yang belum terikat oleh perkawinan. Tetapi zina menurut pasal ini (Pasal 284 KUHP; pen.) dimaknai sebagai persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki atau perempuan yang telah kawin dengan perempuan atau laki-laki yang bukan istri atau suaminya.⁴¹

Dari beberapa definisi di atas, maka perzinaan dapat dibagi ke dalam dua ruang lingkup pengertian :

Pertama, zina adalah persetubuhan antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan di luar lembaga pernikahan, tidak dipersyaratkan apakah salah seorang atau keduanya sudah terikat dalam perkawinan dengan orang lain atau tidak.

³⁹ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, 1991, hal. 1136.

⁴⁰ Abdul Aziz Dahlah (Ed.), *Ensiklopedi Hukum Islam*, jilid 6, Ikhtiar Baru van Houve, Jakarta, 1996, hal. 2026, lihat pula Abdurrahman bin Muhammad bin Sulaiman, *Majma'ul Anhur fi Syarhil Mullaqal Abhur*, jld. I, Ulan Masydar, 1319, hal. 585, juga dapat dilihat dalam Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, jld. II, hal. 585.

⁴¹ R. Sugandhi, *KUHP dan Penjelasannya*, Usaha Nasional, Surabaya, 1981, hal. 300.

Pengertian ini adalah pengertian yang dianut oleh hukum Islam dan pengertian yang umum dipahami oleh masyarakat Indonesia.

Kedua, zina adalah persetubuhan antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang telah kawin dengan perempuan atau laki-laki yang bukan istri atau suaminya.

Pengertian yang kedua ini mempersyaratkan salah satu atau kedua-duanya harus sudah terikat dalam perkawinan dengan orang lain. Jadi persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki dengan perempuan yang sama-sama masih lajang bukanlah termasuk termasuk perzinaan menurut pengertian yang kedua ini. Pengertian ini adalah pengertian sebagaimana rumusan pasal 284 KUHP.

Perzinaan dalam masyarakat Indonesia, baik menurut pengertian yang pertama maupun yang kedua, merupakan penyakit sosial yang berbahaya.⁴² Bahkan Kartini Kartono menyebut seks bebas (perzinaan) tidak ada bedanya dengan pelacuran. Pada hakikatnya, dalam eksekivitas (sangat banyak) seks bebas itu sama dengan promiskuitas atau “campur aduk seksual tanpa aturan”, alias pelacuran.⁴³ Oleh karena itu perzinaan termasuk ke dalam masalah sosial yang cukup serius, karena melanggar kesopanan, merusak keturunan, menyebabkan penyakit kotor, menimbulkan persengketaan dan ketidakrukunan dalam keluarga, dan malapetaka lainnya.⁴⁴

⁴² Fadhel Ilahi, *Op. Cit.*, hal. 7.

⁴³ Kartini Kartono, *Patologi Sosial*, (cet. 8). PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hal. 197.

⁴⁴ *Ibid.*, hal. 181.

Di samping sebagai masalah sosial, tiga agama besar yakni Islam, Yahudi dan Nasrani (Kristen), melarang keras (mengharamkan) perzinaan dan menganggapnya sebagai perbuatan keji dan kotor, yang karenanya masuk dalam kategori dosa besar dengan sanksi hukuman yang sangat berat. Uraian lebih lanjut mengenai hal ini akan penulis terangkan pada bab selanjutnya.

F. METODE PENELITIAN

1. Metode Pendekatan

Untuk membahas permasalahan dalam penelitian ini, diperlukan pendekatan yuridis-normatif, yuridis-empiris, dan yuridis komparatif. Pendekatan yuridis-normatif digunakan untuk mengetahui kebijakan formulasi delik perzinaan dalam KUHP kaitannya dengan upaya penanggulangan kejahatan yang berkaitan dengan delik perzinaan. Pendekatan yuridis-empiris digunakan untuk mengetahui pandangan masyarakat tentang delik perzinaan dari aspek pidana dan ppidanaan. Selain itu juga digunakan pendekatan yuridis-komparatif untuk melihat kebijakan formulasi delik perzinaan menurut berbagai KUHP asing sekaligus juga untuk melihat prospek kebijakan formulasinya dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia (KUHP yang akan datang).

2. Spesifikasi Penelitian.

Spesifikasi penelitian ini adalah gabungan antara penelitian deskriptif dan penelitian preskriptif. Penelitian deskriptif adalah penelitian untuk memecahkan masalah yang ada pada masa sekarang (masalah aktual) dengan

mengumpulkan data, menyusun, mengklasifikasikan, menganalisis dan menginterpretasikan.⁴⁵ Atau penelitian yang bertujuan untuk memberikan gambaran seteliti mungkin mengenai manusia, keadaan dan gejala lainnya,⁴⁶ yang dalam hal ini adalah mengenai kebijakan formulasi delik perzinaan menurut KUHP. Sedangkan penelitian perskriptif adalah penelitian yang sifat analisisnya mengarah pada prediksi masa yang akan datang guna menemukan kebijakan yang diharapkan (yang seyogyanya),⁴⁷ yang dalam hal ini adalah untuk menemukan kebijakan formulasi delik perzinaan dalam hukum pidana Indonesia yang diharapkan di masa mendatang sesuai dengan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

3. Jenis dan Sumber Data.

Jenis data dalam penelitian ini meliputi data primer dan data sekunder. Data primer adalah data yang diperoleh langsung dari masyarakat di lapangan, sedangkan data sekunder adalah data yang diperoleh melalui bahan kepustakaan. Dalam penelitian ini lebih menitikberatkan pada data sekunder, yang meliputi : bahan hukum primer, terutama dari KUHP dan peraturan perundangan yang lain; bahan hukum sekunder, terutama hasil karya ilmiah para pakar hasil penelitian, konsep/rancangan KUHP, KUHP di beberapa negara asing, kitab suci dan karya ilmiah di bidang hukum agama. Di samping itu digunakan pula data sekunder

⁴⁵ Soenaryo, *Metode Riset I*, Universitas Sebelas Maret, Surakarta; 1985, hal. 8.

⁴⁶ Sutrisno Hadi, *Metodologi Research Jilid I*, (Yayasan Penerbit Fakultas Psikologi UGM, Yogyakarta; 1984, hal. 19.

⁴⁷ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta; 1994, hal 5.

yang bersifat publik yaitu data resmi pada instansi pemerintah, arsip dan data lain yang dipublikasikan.

Sedangkan data primer dipergunakan sebagai data pendukung, yang diperoleh dari masyarakat tentang bagaimana sikap dan pandangan mereka terhadap delik perzinaan.

4. Teknik Pengumpulan Data

Oleh karena penelitian ini lebih menitikberatkan pada pendekatan yuridis-normatif, di mana sumber utamanya adalah data sekunder dan data primer hanya sebagai data pendukung, maka teknik pengumpulan data yang digunakan adalah :

- a. Studi kepustakaan (*library research*), yaitu melalui studi dokumentasi dengan cara menginventarisir dan memahami berbagai isi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan data sekunder yang bersifat publik.
- b. Studi lapangan, yang dilakukan dengan teknik penggunaan kuesioner atau angket dengan menggunakan teknik sampling yang di sebarakan secara random kepada para responden yang ada di wilayah kota Semarang. Data ini diperlukan untuk mengetahui bagaimana sikap dan pandangan masyarakat terhadap delik perzinaan. Sikap dan pandangan masyarakat ini dapat menjadi acuan bagi moralitas publik yang akan dijadikan dasar bagi pembaharuan formulasi delik perzinaan dalam KUHP di masa yang akan datang.

5. Penyajian dan Analisis Data

Data yang telah terkumpul akan disajikan secara kualitatif dan kuantitatif. Data yang bersifat kualitatif akan dianalisis berdasarkan analisa deskriptif dan preskriptif dengan berfikir kritis. Analisa deskriptif dan preskriptif diperlukan untuk menjelaskan obyektifitas suatu fakta dan memprediksinya untuk masa yang akan datang. Sedangkan analisa kritis dimaksudkan agar penelitian ini selalu memperhatikan sisi-sisi mana suatu analisis dikembangkan secara berimbang dengan melihat kelebihan dan kekurangan obyek.

Sementara sebagai pendukung dan pendalaman analisis, data yang bersifat kuantitatif akan di sajikan dalam bentuk tabel untuk kemudian diinterpretasikan dengan analisa yuridis-empiris.

G. SISTEMATIKA PENULISAN

Sistematika penulisan dalam penelitian tesis ini terbagi dalam 4 bab, yaitu Bab I : Pendahuluan; Bab II : Tinjauan Pustaka; Bab III: Hasil Penelitian dan Pembahasan; dan Bab IV: Penutup. Pada setiap Bab akan dibagi lagi menjadi beberapa sub bab.

Bab II: berisi Tinjauan Pustaka, yang menguraikan tentang pembaharuan hukum pidana di Indonesia (yang meliputi; makna hakekat dan urgensi, dan kriminalisasi dan dekriminalisasi dalam rangka pembaharuan hukum pidana), kebijakan hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan, perzinaan sebagai

masalah sosial dan agama, hubungan antara hukum dan moral dan diakhiri dengan uraian tentang perkembangan delik kesusilaan.

Bab III: berisi hasil penelitian dan pembahasan atas permasalahan penelitian yang terdiri dari 2 (dua) pokok bahasan yaitu; (1) Kebijakan formulasi delik perzinaan dalam KUHP dalam perspektif kebijakan kriminal, (2) Prospek kebijakan formulasi delik perzinaan dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia, yang terdiri dari kebijakan formulasi delik perzinaan dalam KUHP berbagai negara asing sebagai perbandingan dan pengaturannya dalam KUHP yang akan datang.

Bab IV: merupakan penutup yang memuat kesimpulan dan rekomendasi atau saran-saran.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA

1. *Makna, hakekat dan urgensi Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*

Pembaharuan hukum pidana di Indonesia merupakan masalah yang penting dan mendesak, karena hukum pidana merupakan masalah yang dilematis bagi manusia. Di satu sisi sebagai sarana untuk melindungi masyarakat dari ancaman kejahatan, tetapi di sisi lain dapat menjadi ancaman bagi hak asasi manusia yang semestinya dilindungi oleh hukum pidana tersebut.¹ Dalam bahasa yang lain Herbert L. Packer mengatakan bahwa sanksi pidana suatu ketika merupakan “penjamin yang utama” (*prime guarantor*) dan suatu ketika merupakan “pengancam yang utama” (*prime threatener*). Ia merupakan penjamin yang utama apabila digunakan secara hemat-cermat dan secara manusiawi dan sekaligus ia dapat menjadi pengancam utama apabila digunakan secara sembarangan dan secara paksa.²

Oleh karena itu hukum pidana harus senantiasa direorientasi dan direformasi dengan berbagai pendekatan agar sesuai dengan nilai-nilai sosial dan politik bangsa Indonesia, sehingga perannya sebagai penjamin utama dalam rangka

¹ Muhari Agus Santoso, *Paradigma Baru Hukum Pidana*, Averoes Press, Malang, 2002, hal 11

² Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1998, hal : 156.

melindungi dan menciptakan kesejahteraan masyarakat (*social defence* dan *social welfare*), khususnya sebagai pengendali kejahatan dapat diwujudkan.

Barda Nawawi Arief³ memberikan uraian bahwa makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana itu sendiri. Latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosio-politik, sosio-filosofik, sosio-kultural atau dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum). Ini berarti, makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana juga berkaitan erat dengan berbagai aspek itu. Artinya, pembaharuan hukum pidana juga pada hakikatnya harus merupakan perwujudan dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek dan kebijakan yang melatarbelakangi itu. Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik, dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Secara singkat dapatlah dikatakan, bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented approach*) dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value-oriented approach*).

³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya, Bandung, 1996, hal : 30-32

Pembaharuan hukum pidana harus dilakukan dengan pendekatan kebijakan, karena memang pada hakikatnya ia hanya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan atau *policy* (yaitu bagian dari politik hukum/penegakan hukum, politik hukum pidana, politik kriminal, dan politik sosial). Di dalam setiap kebijakan (*policy*) terkandung pula pertimbangan nilai. Oleh karena itu, pembaharuan hukum pidana harus pula berorientasi pada pendekatan nilai.

Dengan uraian di atas, dapat lah disimpulkan makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana sebagai berikut :

1. Dilihat dari sudut pendekatan-kebijakan :

- a. *Sebagai bagian dari kebijakan sosial*, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai/menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya).;
- b. *Sebagai bagian dari kebijakan kriminal*, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan);
- c. *Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum*, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum (*legal substance*) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.

2. Dilihat dari sudut pendekatan-nilai :

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali "*re-orientasi* dan *re-evaluasi*" nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofik, dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan "*reformasi*" hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya KUHP Baru) sama saja dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajah (KUHP lama atau WvS).

Sebagaimana diketahui, bahwa hukum pidana yang berlaku di Indonesia saat ini adalah hukum warisan penjajahan Belanda. Hukum pidana yang sekarang berlaku merupakan hukum pidana Belanda yang berdasarkan asas konkordansi diberlakukan di Indonesia.

Secara yuridis formal pemberlakuan hukum pidana Belanda di Indonesia didasarkan pada Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 merupakan penegasan pemerintah Indonesia untuk memberlakukan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang berlaku pada tanggal 8 Maret 1942 sebagai hukum pidana yang berlaku di Indonesia (Jawa dan Madura).

Apabila ditarik pada garis hirarkhi yang lebih tinggi, maka berlakunya hukum pidana Belanda di Indonesia didasarkan pada ketentuan dalam Pasal II Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945. Dengan demikian secara yuridis formal, berlakunya hukum pidana di Indonesia sudah memperoleh dasar legitimasinya. Tuntutan keberlakuan yuridis hukum pidana Belanda di Indonesia sudah terpenuhi.

Akan tetapi perlu kiranya digaris bawahi, bahwa sekalipun suatu aturan hukum sudah memenuhi tuntutan keberlakuan secara yuridis, aturan hukum itu tidak akan dapat berlaku secara efektif dalam masyarakat apabila tidak memenuhi tuntutan keberlakuan secara sosiologis dan secara filosofis. Hal ini disebabkan karena setiap hukum yang baik sehingga karenanya dapat efektif

diterapkan dalam masyarakat selalu menuntut persyaratan keberlakuan secara yuridis, sosiologis, filosofis dan bahkan secara historis. Artinya, secara yuridis hukum itu harus sah, keberlakuannya didukung oleh masyarakat, dan sesuai dengan nilai-nilai dan cita-cita hidup masyarakat yang bersangkutan, serta memiliki relevansi dengan tradisi hukum masyarakat itu sendiri.

Berkaitan dengan hal tersebut di atas patut kiranya dikemukakan Rancangan Undang-Undang mengenai “Asas-asas dan Dasar-dasar Pokok Tata Hukum Pidana dan Hukum Pidana Indonesia”, yang dapat disebut sebagai “Konsep Pertama Buku I KUHP Baru Tahun 1946”. Dalam penjelasan Umum RUU tersebut dikemukakan :

*“Walaupun Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 telah berusaha menyesuaikan peraturan-peraturan hukum pidana dengan suasana kemerdekaan, namun pada hakikatnya asas-asas dan dasar-dasar tata hukum pidana dan hukum pidana masih tetap dilandaskan pada ilmu hukum pidana dan praktik hukum pidana kolonial, yang mewajibkan adanya konkordansi dengan yang ada di negeri Belanda ... Mungkin disadarilah, bahwa Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 adalah hukum peralihan, yang ..., mewajibkan, supaya asas-asas dan dasar-dasar yang lama diuji, ... akan tetapi ... pengujian itu berjalan sangat lamban atau sama sekali tidak memuaskan. ... Hal ini mengakibatkan, bahwa pada hakikatnya asas-asas dan dasar-dasar tata hukum pidana dan hukum pidana kolonial masih tetap bertahan dengan selimut dan wajah Indonesia”.*⁴

Apabila dilihat dari tuntutan keberlakuan suatu aturan hukum sebagaimana dikemukakan di atas, maka hukum pidana yang sekarang berlaku di Indonesia jelas tidak dapat memenuhi tuntutan tersebut. Hukum pidana yang

⁴ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hal. 101

sekarang berlaku di Indonesia merupakan hukum warisan kolonial Barat yang jiwa dan semangatnya berbeda dengan jiwa dan semangat masyarakat Indonesia.

Sebagai hukum warisan pemerintah kolonial, hukum pidana yang sekarang berlaku tidak sesuai dengan nilai-nilai dalam masyarakat Indonesia. Justru karena itulah hukum pidana yang sekarang berlaku perlu diperbaharui. Dalam konteks inilah pembaharuan hukum pidana menjadi sangat urgen, yaitu sebagai upaya untuk menserasikan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat ke dalam hukum pidana Indonesia.⁵

Sudarto⁶ menyebutkan ada tiga alasan mengapa KUHP perlu diperbaharui, yakni alasan politik, sosial dan praktis.

Dipandang dari *sudut politik*, Negara Republik Indonesia yang merdeka adalah wajar mempunyai KUHP, yang diciptakannya sendiri. KUHP yang diciptakan sendiri bisa dipandang sebagai lambang (*symbol*) dan merupakan suatu kebanggaan dari suatu negara yang telah merdeka dan melepaskan diri dari kungkungan penjajahan politik. KUHP dari suatu negara, yang “dipaksakan” untuk diperlakukan di suatu negara lain, bisa dipandang sebagai simbol dari penjajahan oleh negara yang membuat KUHP itu. Contohnya ialah Negeri Belanda. Ketika negeri ini dijajah oleh Perancis dengan Louis Napoleon sebagai raja, dan meskipun negeri Belanda sudah mempunyai KUHP-nya sendiri, namun

⁵ Tongat, *Pidana Kerja Sosial dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Djambatan, Jakarta, 2002, hal. 25.

⁶ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hal. 66-68.

pada tahun 1811 Code Penal Perancis, yang berbahasa Perancis itu, dinyatakan berlaku bagi rakyat Belanda. Code Penal ini sempat berlaku sampai 75 tahun di negeri ini dan baru pada tahun 1886 rakyat Belanda bisa berbangga mempunyai KUHP nasionalnya, yang sampai tahun 1980 masih berlaku dan tidak ada usaha untuk mengadakan perubahan secara total. Demikian pula dengan Korea. Pada tahun 1913, setelah negeri ini tiga tahun diduduki oleh Jepang, maka Gubernur Jenderal Jepang memaksakan berlakunya KUHP Jepang, bagi rakyat Korea. Akan tetapi setelah Perang Dunia II rakyat Korea ingin bebas dari “penjajahan” KUHP Jepang tersebut dan pada tahun 1953 berhasil menciptakan KUHP-nya sendiri, meskipun pada mula pembentukannya mendapat tantangan dari para cendekiawan. Mereka ini memandang pembentukan KUHP Nasional adalah prematur, namun akhirnya toh para politisi yang menang dan terbentuklah KUHP Nasional tersebut.

Alasan kedua adalah alasan yang dipandang dari *sudut sosiologis*. Telah dikemukakan di muka, bahwa pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik sesuatu bangsa dimana hukum itu berkembang. Ini berarti bahwa nilai-nilai sosial dan kebudayaan dari bangsa itu mendapat tempat dalam pengaturan di hukum pidana. Ukuran untuk mengkriminalisasikan sesuatu perbuatan tergantung dari nilai-nilai dan pandangan kolektif yang terdapat dalam masyarakat tentang apa yang baik, yang benar, yang bermanfaat atau sebaliknya. Jadi pandangan masyarakat tentang kesusilaan dan agama sangat

berpengaruh dalam pembentukan hukum, khususnya hukum pidana. Selain menyangkut masalah kriminalisasi dari perbuatan tertentu, tidak kalah pentingnya pandangan masyarakat tersebut menyangkut pula masalah pertanggungjawaban pidana dari si pembuat dan pidananya sendiri. Bagaimanakah pandangan masyarakat terhadap orang yang melakukan tindak pidana, apakah ukuran pertanggungjawabannya? Apakah ia dipandang sebagai sampah masyarakat yang harus dilenyapkan, ataukah harus dipandang sebagai orang yang sakit dan harus di "obati", direhabilitasi?

Pertanyaan-pertanyaan terakhir ini sudah menyangkut masalah pidana dan ppidanaan. Jenis-jenis pidana apakah yang sepatutnya dicantumkan, dan bagaimanakah cara pelaksanaan pidananya? Apakah KUHP yang sekarang berlaku itu sudah bisa menjawab pertanyaan-pertanyaan itu dengan sepatutnya? Sebenarnya pandangan dari segi sosiologi atau lebih tepat dari dari segi antropologi sudah mendapat jawaban dari Van Vollenhoven, Ter Haar dan Idema tersebut di atas, yang dapat disimpulkan bahwa KUHP itu tidak cocok bagi bangsa Indonesia. Yang jelas ialah bahwa ada perbuatan yang menurut ukuran-ukuran bangsa Indonesia harus diancam pidana, tidak dipidana dalam KUHP, misalnya sumbang (*incest*). Juga apabila diperhatikan pendapat-pendapat yang dikumpulkan dalam penelitian yang dilakukan oleh Lembaga Pembinaan Hukum Nasional pada tahun 1973 di tiga daerah, ialah Aceh, Bali dan Manado, maka

akan dapat diketahui keinginan-keinginan dari sebagian masyarakat yang belum mendapat pengaturan dalam KUHP sekarang ini.

Alasan terakhir mengapa KUHP sekarang ini harus segera diganti ialah merupakan alasan yang dipandang dari *sudut praktek sehari-hari*. Tidak banyak orang yang menyadari sekarang ini, bahwa teks resmi dari KUHP ini adalah tetap *teks yang ditulis dalam bahasa Belanda*. Teks yang tercantum dalam KUHP yang disusun oleh Moeljanto, oleh R. Soesilo dan lain-lain itu merupakan terjemahan belaka; terjemahan “partikelir” dan bukan terjemahan resmi yang disahkan oleh sesuatu undang-undang. Pada tahun 1946 pembentuk undang-undang masih konsisten mengenai hal ini, ialah ketika membuat undang-undang No. 1 tahun 1946. Pasal VIII undang-undang ini memuat perubahan dari W.v.S. dan teks perubahannya masih dalam bahasa Belanda. Misalnya, “*Nederlands Indisch*” harus diganti “*Indonesisch*”, “*Gouverneur-Generaal*” harus diganti “*Presiden of Vice-President*”. Pada tahun-tahun kemudian sikap ini tidak dilanjutkan, sehingga sebetulnya menjadi agak lucu, kalau diteliti secara cermat. Misalnya perubahan atau penambahan pasal 3 dan pasal 4 KUHP berdasarkan Undang-Undang No. 4 tahun 1976. Teks resminya menjadi berbunyi aneh, karena nomor 1, 2, 3, dari pasal 4 tersebut masih dalam bahasa Belanda, sedang nomor 4 sudah diubah menjadi bahasa Indonesia.

Sehubungan dengan kenyataan bahwa teks resmi KUHP itu masih bahasa Belanda, maka sebenarnya apabila hendak menerapkan KUHP itu secara

tepat, maka orang harus mengerti bahasa Belanda. Kiranya hal ini tidak mungkin diharapkan dari bangsa yang sudah merdeka dan mempunyai bahasa nasionalnya sendiri. Maka dari sudut inipun KUHP yang sekarang ini harus diganti dengan KUHP nasional. Janggallah kiranya menerapkan suatu peraturan kepada suatu perbuatan berdasarkan teks yang tidak asli. Hal ini setidaknya-tidaknya masih “aman dan tidak berbahaya”, apabila para pelaksana hukum atau penegak hukum dibekali ilmu pengetahuan hukum yang memadai dan disertai rasa kasih sayang terhadap sesama yang tebal dan rasa keasihan yang tinggi.

Oleh karena itu pembaharuan KUHP merupakan suatu keharusan yang tidak dapat ditawar. Berbagai negara lain bahkan juga banyak yang terlibat dalam usaha pembaharuan kodifikasi hukum pidana masing-masing, terutama setelah Perang Dunia II, baik negara-negara seperti Jerman, Polandia, Swedia, Jepang, Yugoslavia maupun negara-negara yang baru tumbuh setelah Perang Dunia II seperti Korea Selatan, Mali dan lain sebagainya. Korea Selatan telah memberlakukan KUHP produk sendiri sejak tahun 1953 menggantikan warisan penjajahan sebelumnya. Sedangkan Mali mengesahkan KUHP sendiri tahun 1953. Karena itu, Indonesia yang telah memproklamasikan diri sebagai negara yang merdeka dan berdaulat pada tahun 1945, dalam hubungan ini dapat dianggap sangat lambat dalam usaha pembaharuan KUHP-nya. Hingga kini, KUHP warisan penjajahan Belanda yang diberlakukan belum juga kunjung

digantikan dengan yang baru, meskipun konsep Rancangan KUHP barunya telah dirumuskan berkali-kali.⁷

Usaha yang lebih khusus dalam rangka pembaharuan KUHP yang secara total diharapkan dapat menggantikan kedudukan warisan Hindia Belanda itu (WvS), menurut Jimly Assiddiqie⁸ sudah dimulai secara sistematis dengan didirikannya LPHN (Lembaga Pembinaan Hukum Nasional) pada tahun 1961. Bahkan keinginan untuk itu, sebenarnya sudah terlihat sejak berlakunya Undang-Undang Dasar Sementara 1950. Dalam Pasal 102 UUDS ini ditegaskan :

“Hukum Perdata dan Hukum Dagang, Hukum Pidana Sipil maupun Hukum Pidana Militer, Hukum Acara Perdata, dan Hukum Acara Pidana, susunan dan kekuasaan pengadilan, diatur dengan undang-undang dalam Kitab-Kitab Hukum kecuali jika perundang-undangan menganggap perlu untuk mengatur beberapa hal dalam undang-undang tersendiri”.

Dengan kutipan di atas dapat diketahui bahwa sesungguhnya gagasan kodifikasi hukum pidana yang bersifat nasional dalam bentuk Kitab Undang-Undang itu sudah ada sejak tahun 1950. Hanya saja, gagasan itu belum dapat diwujudkan sampai UUD 1945 diberlakukan kembali. Oleh karena itu, langkah pertama yang perlu dicatat dalam rangka pembentukan KUHP baru itu adalah didirikannya Lembaga Pembinaan Hukum Nasional (LPHN) dengan Keputusan Presiden No. 194 tahun 1961. Keputusan ini menetapkan

⁷ Jimly Assiddiqie, *Op. Cit.*, hal. 2

⁸ Jimly Assiddiqie, *Op. Cit.*, hal. 25-26.

berdirinya lembaga ini dengan tugas mempersiapkan perencanaan hukum dan perundang-undangan, yang salah satunya adalah bidang hukum pidana.

Untuk keperluan penyusunan Rancangan KUHP nasional yang baru itu, sebagai bagian dari Badan Perencana dalam lembaga ini dibentuk suatu panitia kerja hukum yang terdiri dari para teoritis dan praktisi hukum pidana. Panitia pertama yang dibentuk, terdiri dari Moehono sebagai Ketua. Sedangkan anggotanya terdiri dari Oemar Seno Adji, Made Labde, dan Sujud bin Wahyu, serta P.C. Hadiprastowo sebagai Sekretaris. Panitia ini bekerja sampai diadakannya perubahan dan penambahan seperlunya dalam keanggotaannya yaitu dengan R.A. Koesnoen, Basarroeddin, dan Soegonodo Soemodiredjo, menggantikan Brigjen. Moehono. Kemudian, ketika terjadi perubahan dalam struktur organisasi LPHN, tugas penyusunan kodifikasi hukum pidana itu dimasukkan ke dalam Seksi B (hukum pidana) sebagai salah satu alat perlengkapan Badan Perencana LPHN. Namun, sebelum LPHN menampilkan hasil kerjanya, khususnya di bidang pembaharuan KUHP (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana), karena adanya resolusi yang diajukan oleh Seminar Hukum Nasional I tahun 1963 yang salah satunya mendesak untuk “menyelesaikan KUHP Nasional dalam waktu yang sesingkat-singkatnya”, maka setahun kemudian (tahun 1964) keluarlah konsep KUHP yang penyusunannya dilakukan tanpa keterlibatan LPHN. Konsep ini disusun dan dikeluarkan oleh Departemen Kehakiman di bawah

Menteri Sahardjo, yang dapat dikatakan merupakan konsep rancangan hukum pidana yang pertama dalam sejarah hukum dan pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Konsep pertama tersebut di atas terus saja menjalani perubahan dan penyempurnaan, sehingga di tahun-tahun berikutnya lahir konsep-konsep baru yakni dengan konsep KUHP 1968, konsep 1971/1972, konsep BAS (1977), konsep 1979, konsep 1982/1983, konsep 1984/1985, konsep 1985/1986, konsep 1986/1987, konsep 1987/1988, konsep 1989/1990, konsep 1990/1991 yang kemudian terus direvisi dengan konsep 1993, 1997/1998, 1999/2000, 2002 dan yang terakhir adalah konsep KUHP 2004.

2. *Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana.*

Pembaharuan hukum pidana, sebagaimana telah dijelaskan di muka, adalah merupakan bagian dari kebijakan kriminal. Dua masalah sentral dalam kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana) ialah masalah penentuan :

- a. perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana
- b. sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar.⁹

Untuk menghadapi masalah sentral yang pertama perlu adanya upaya kebijakan yang sering disebut sebagai *kriminalisasi* dan *decriminalisasi*.

⁹ Barda Nawawi Arier, *Bunga Rampai, Op. Cit.*, hal. 32

Soetandyo Wignyosoebroto mengartikan kriminalisasi sebagai suatu pernyataan bahwa suatu perbuatan tertentu itu harus dibilang sebagai perbuatan pidana. *Judgements* dan *decisions* demikian itu, selalu dikonsepsikan sebagai hasil proses-proses formal yang berlangsung dalam atau lewat lembaga-lembaga politik dan/atau pemerintahan (khususnya lembaga legislatif) dengan hasil akhirnya yang berupa produk perundang-undangan tepatnya perundang-undangan hukum pidana.¹⁰

Sedangkan menurut Sudarto "Kriminalisasi berarti suatu proses di mana perbuatan yang semula bukan tindak pidana kemudian diancam dengan pidana dalam undang-undang".¹¹

Dengan kriminalisasi dimaksudkan proses penetapan suatu perbuatan orang sebagai perbuatan yang dapat dipidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya Undang-undang di mana perbuatan itu diancam dengan suatu sanksi yang berupa pidana.¹²

Kebalikan dari kriminalisasi adalah dekriminalisasi, yaitu suatu proses di mana dihilangkan sama sekali sifat dipidananya sesuatu perbuatan. Dekriminalisasi ini harus dibedakan dengan depenalisasi. Depenalisasi mengandung arti suatu perbuatan yang semula diancam pidana, ancaman

¹⁰ Soetandyo Wignyosoebroto, *Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia (perspektif sosiologi dan kontribusinya dalam penyusunan kebijakan kriminalisasi dan dekriminalisasi)*. Seminar Nasional :Kriminalisasi dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia, Yogyakarta, 15 juli 1993.

¹¹ Soedarto, *Op. Cit.*, hal. 57.

¹² Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hal. 32.

pidananya dihilangkan, tapi masih dimungkinkan adanya penuntutan dengan cara lain, melalui hukum perdata atau hukum administrasi.¹³

Di Indonesia proses kriminalisasi dilakukan sejak proklamasi kemerdekaan dan berlangsung terus menerus sampai sekarang seiring perkembangan yang ada dalam masyarakat. Demikian pula halnya dengan dekriminalisasi, meskipun dalam pembaharuan hukum pidana proses kriminalisasi lebih sering dipergunakan dibanding dengan proses dekriminalisasi. Untuk melihat proses kriminalisasi dan dekriminalisasi dapat dilihat pada kajian penulis terdahulu dalam pembahasan tentang sejarah pembaharuan hukum pidana di Indonesia, yang dimulai dari diundangkannya UU No. 1 tahun 1946 sampai dengan UU No. 25 tahun 2003 tentang *Money Laundering* dan terus akan berlangsung sesuai dengan perkembangan dan kebutuhan masyarakat.

Dalam proses kriminalisasi, Soedarto¹⁴ memberikan rambu-rambu yang harus diperhatikan, agar diperoleh hasil legislasi yang optimal efeknya dan tidak terjadi over kriminalisasi. Adapun kriterianya adalah sebagai berikut :

- a. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata material spiritual berdasarkan Pancasila; sehubungan dengan ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, hal. 36-41.

mengadakan penguguran terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat.

- b. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan *perbuatan yang tidak dikehendaki*, yaitu perbuatan yang mendatangkan *kerugian* (material dan atau spiritual) atas warga masyarakat.
- c. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*).
- d. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overvelasting*).

Barda Nawawi Arief menjelaskan bahwa dalam Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional pada bulan Agustus 1980 di Semarang, salah satu laporannya dinyatakan antara lain sebagai berikut :

Masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai dengan politik kriminal yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu sejauh mana perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat.

Khususnya mengenai kriteria kriminalisasi dan dekriminalisasi, laporan simposium itu antara lain menyatakan : untuk menetapkan suatu perbuatan itu sebagai tindak kriminal, perlu memperhatikan kriteria umum sebagai berikut :

- a. Apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci oleh masyarakat karena merugikan, atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban.
- b. Apakah biaya meng kriminalisasi seimbang dengan hasilnya yang akan dicapai artinya cost pembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban, pelaku dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai.
- c. apakah akan makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat diemban oleh kemampuan yang dimilikinya.
- d. Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa, sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.

Di samping kriteria umum di atas, Simposium memandang perlu pula untuk memperhatikan sikap dan pandangan masyarakat mengenai patut tercelanya suatu perbuatan tertentu, dengan melakukan penelitian, khususnya yang berhubungan dengan kemajuan teknologi dan perubahan sosial.¹⁵

Demikian pula menurut Bassioni, keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi harus didasarkan pada faktor-faktor kebijakan tertentu yang mempertimbangkan bermacam-macam faktor termasuk :

¹⁵ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai ...*, Op. Cit., hal. 34-35.

- a. keseimbangan sarana-sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil-hasil yang ingin dicapai;
- b. analisis biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang dicari;
- c. penilaian atau penafsiran tujuan-tujuan yang dicari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia;
- d. pengaruh sosial dari kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan atau dipandang dari pengaruh-pengaruhnya yang sekunder.¹⁶

Muladi juga memberikan ukuran kriminalisasi dan dekriminalisasi, yang secara doktrinal harus berpedoman pada hal-hal sebagai berikut :

- a. kriminalisasi tidak boleh terkesan menimbulkan "*overkriminalisasi*" yang masuk kategori "*the misuse of criminal sanction*";
- b. kriminalisasi tidak boleh bersifat *ad hoc*;
- c. kriminalisasi harus mengandung unsur korban (*victimizing*) baik aktual maupun potensial;
- d. kriminalisasi harus memperhitungkan analisa biaya dan hasil dan prinsip *ultimum remedium*;
- e. kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang "*enforceable*";
- f. kriminalisasi harus memperoleh dukungan publik;

¹⁶ *Ibid.*

- g. kriminalisasi harus mengandung unsur “*subsosialiteit*” (mengakibatkan bahaya bagi masyarakat, sekalipun kecil sekali);
- h. kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu.¹⁷

Sepanjang menyangkut dekriminalisasi, di samping pedoman kriminalisasi tersebut yang secara terbalik bisa dimanfaatkan, kiranya perlu diingat bahwa Pasal V UU No. 1 Tahun 1946 yang memberlakukan WvS ke seluruh wilayah Indonesia juga memberikan ukuran sebagai berikut : “Peraturan hukum pidana, yang seluruhnya atau sebagian sekarang tidak dapat dijalankan, atau bertentangan dengan kedudukan RI sebagai negara merdeka, atau tidak mempunyai arti lagi, harus dianggap seluruhnya atau sebagian sementara tidak berlaku”.¹⁸

Oleh karena tesis ini membahas delik perzinaan yang merupakan bagian dari delik kesusilaan, maka perlu kiranya menentukan kriteria yang lebih khusus terhadap kriminalisasi delik-delik kesusilaan. Oemar Seno Adji¹⁹ dalam bukunya “Hukum (Acara) Pidana Dalam Prospekti” menguraikan kriteria-kriteria atau dasar-dasar pemidanaan terhadap delik kesusilaan sebagai berikut :

¹⁷ Muladi, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, The Habibie Center, Jakarta, 2002, hal. 256

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Oemar Seno Adji, *Hukum (Acara) Pidana Dalam Prospekti*, Cet. II, Erlangga, 1976, 19-

- a. Delik-delik kesusilaan pada pokoknya dicari pada syarat *kuisheid, Chastity, sexual purity or decency*. Artinya bahwa delik-delik kesusilaan harus didasarkan pada kesesuaian/kepatutan, kesucian/sakralitas perbuatan seksual dan nilai-nilai kesusilaan, sehingga kejahatan (pelanggaran) terhadap hal-hal tersebut di atas masuk pada kategori delik kesusilaan. Dasar inilah misalnya yang dipergunakan untuk mengkriminialisasi delik pornografi dalam pasal 282 KUHP ataupun *indecent exposure* (pelanggaran kesusilaan di muka umum, pen.) dalam pasal 281 KUHP.
- b. Kriminalisasi yang didasarkan untuk tujuan perlindungan terhadap anak-anak muda, supaya mereka jangan sampai menghadapi *shocks* dalam perkembangan seksual mereka. Seperti hubungan seksual dan perbuatan cabul yang dilakukan terhadap orang yang masih di bawah umur.
- c. Mencegah orang-orang yang tidak berdaya, misalnya orang yang tidak sadar, terhadap serangan-serangan seksual. Inilah yang menjadi dasar bagi pemidanaan (kriminalisasi) terhadap pasal 286 KUHP, yakni persetubuhan di luar pernikahan yang dilakukan seorang laki-laki terhadap wanita yang dalam keadaan pingsan atau tidak berdaya.
- d. Untuk melindungi anak-anak/orang-orang tertentu dan perbuatan cabul yang dilakukan oleh orang-orang yang memiliki hubungan tertentu yang didasarkan atas "hubungan kekuasaan", seperti perbuatan cabul kepada anak kandung, anak tiri, anak angkat, anak yang berada di bawah pengawasannya,

kemudian perbuatan cabul yang dilakukan oleh pejabat terhadap bawahannya, pengurus, dokter, guru dan lain-lain terhadap pasien dan muridnya. Dasar inilah yang dipakai sebagai dasar pemidanaan pasal 294 KUHP.

- e. Adanya kekerasan atau ancaman kekerasan untuk berhubungan seksual di luar pernikahan/perbuatan cabul, sebagaimana yang diatur dalam pasal 285 dan 289 KUHP.
- f. Adanya faktor-faktor komersil dalam hubungan seksual di luar pernikahan, seperti pelacuran dan rumah-rumah bordil, sebagaimana yang diatur dalam pasal 296 KUHP.
- g. Adanya perlindungan terhadap kesucian lembaga perkawinan seperti perzinahan (*Adultery*), sebagaimana yang diatur dalam pasal 284 KUHP.

Pada bagian yang lain, Oemar Seno Adji juga menekankan pentingnya unsur agama dan moral masyarakat dalam menentukan delik kesusilaan, artinya tiap-tiap perbuatan yang dapat melukai perasaan (moral) keagamaan yang karenanya membahayakan ketertiban umum dapat menjadi kriteria bagi kriminalisasi terhadap delik-delik kesusilaan.²⁰

Menurut Roeslan Saleh, kriteria kesusilaan hendaknya tidak hanya dibatasi pada masalah bidang seksual saja, tetapi juga meliputi hal-hal lain yang termasuk dalam penguasaan norma-norma kepatutan bertingkah laku dalam

²⁰ *Ibid*, hal. 31.

pergaulan masyarakat, seperti meninggalkan orang yang perlu ditolong, penghinaan dan membuka rahasia.²¹

Selanjutnya Barda menggaris bawahi, bahwa di samping pandangan dari Oemar Seno Adji dan Roeslan Saleh, juga patut ditambahkan, bahwa penentuan delik kesusilaan juga harus berorientasi pada “nilai-nilai kesusilaan nasional” (NKN) yang telah disepakati bersama dan juga memperhatikan nilai-nilai yang hidup didalam masyarakat. NKN ini dapat digali dari produk legislasi nasional yang tentunya juga bersumber dari nilai-nilai agama dan kesusilaan yang hidup di tengah-tengah masyarakat.²²

B. KEBIJAKAN HUKUM PIDANA DALAM PENANGGULANGAN KEJAHATAN

Secara terminologis kata kebijakan antara lain diartikan sebagai rangkaian konsep dan asas yang menjadi garis besar dan dasar rencana dalam pelaksanaan suatu pekerjaan, kepemimpinan, dan cara bertindak (tentang pemerintah, organisasi, dsb.), pernyataan cita-cita, tujuan prinsip atau maksud sebagai garis pedoman untuk manajemen dalam usaha mencapai sasaran, garis haluan.²³

Barda Nawawi juga menggunakan istilah kebijakan di dalam pembahasannya tentang kebijakan hukum pidana dan kebijakan kriminal, yang

²¹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan ...*, Op. Cit., hal. 292.

²² *Ibid.*, hal. 293

²³ Tim Penyusunan Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Indonesia, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta; 1989, hal. 115.

menurut beliau kata kebijakan ini antara lain merupakan terjemahan dari istilah “*Policy*” (bahasa Inggris) atau “*Politiek*” (bahasa Belanda).²⁴ Demikian pula Sutan Zanti Arbi dan Wayan Ardhana menterjemahkan kata *policy* menjadi kebijakan.²⁵ Menurut Robert R. Mayer dan Ernest Greenwood, *policy* dapat dirumuskan sebagai suatu keputusan yang menggariskan cara yang paling efektif dan paling efisien untuk mencapai suatu tujuan yang ditetapkan secara kolektif.²⁶

Policy selain dapat diartikan sebagai kebijakan, juga dapat diartikan dengan kebijaksanaan.²⁷ Dari makna tersebut di atas, dapat dilihat bahwa di dalam suatu kebijakan terkandung hal-hal sebagai berikut:

- a. Suatu tujuan yang ingin diwujudkan dalam suatu organisasi, masyarakat;
- b. Di dalam suatu kebijakan terkandung suatu prinsip atau suatu sistem nilai yang mendasari atau menjadi pedoman dalam pengaturan masyarakat, pemerintah, organisasi;
- c. Di dalam kata kebijakan juga mengandung arti suatu cara untuk mencapai tujuan;
- d. Sarana untuk mencapai tujuan.

Istilah “*kebijakan*” dalam tulisan ini diambil dari istilah “*policy*” (Inggris) atau “*politiek*” (Belanda). Bertolak dari kedua istilah asing ini maka istilah *kebijakan hukum pidana* dapat pula disebut dengan istilah *politik hukum pidana*.

²⁴ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai...*, Op. Cit., hal. 27.

²⁵ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang; 1996, hal. 59.

²⁶ Ibid.

²⁷ A. S. Hornby et. All, *Kamus Inggris-Indonesia*, Edisi Dwi Bahasa, PT. Bentara antar Asia, Jakarta; 1984, hal. 224.

Dalam kepustakaan asing istilah *politik hukum pidana* sering dikenal dengan berbagai istilah; antara lain *penal policy*, *criminal law policy*, atau *strafrechts politiek*.²⁸

Menurut A. Murder, *strafrechts politiek* ialah garis kebijakan untuk menentukan:

- a. Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu *diubah dan diperbaharui*;
- b. Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana;
- c. Cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.²⁹

Sementara itu Sudarto mengatakan bahwa melaksanakan *politik hukum pidana* berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan dayaguna.³⁰ Dalam kesempatan lain beliau menyatakan, bahwa melaksanakan *politik hukum pidana* berarti, *usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang*.³¹

²⁸ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai ...*, Loc. Cit.

²⁹ *Ibid.*, hal. 28.

³⁰ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Op. Cit., 1986, hal. 153.

³¹ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Op. Cit., hal. 93.

Upaya dan kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik, menurut Barda Nawawi Arief,³² pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Jadi kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian dari politik kriminal. Dengan perkataan lain, dilihat dari sudut politik kriminal, maka politik hukum pidana identik dengan pengertian “kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana”

Usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana). Oleh karena itu sering pula dikatakan, bahwa politik atau kebijakan hukum pidana merupakan bagian pula dari kebijakan penegakan hukum (*law enforcement policy*).

Di samping itu usaha penanggulangan kejahatan; lewat pembuatan undang-undang (hukum) pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian integral dari usaha perlindungan masyarakat (*social defence*). Oleh karena itu wajar pulalah apabila kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian integral dari kebijakan atau politik sosial (*social policy*). Kebijakan sosial (*social policy*) dapat diartikan sebagai segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat dan sekaligus mencakup perlindungan masyarakat. Jadi di dalam pengertian *social policy*, sekaligus tercakup di dalamnya *social welfare policy*, dan *social defence policy*.

³² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai ...*, Op. Cit., hal. 29-30

Penanggulangan kejahatan dengan menggunakan hukum pidana merupakan cara yang paling tua setua peradaban manusia itu sendiri, ada yang menyebut sebagai "*older philosophy of crime control*".³³

Namun demikian usaha ini pun masih sering dipersoalkan. Menurut Herbert L. Packer, usaha pengendalian perbuatan anti sosial dengan menggunakan pidana pada seseorang yang bersalah merupakan suatu problem sosial yang mempunyai dimensi hukum yang penting.³⁴

Dikatakan demikian, karena ada sementara pendapat yang pro dan kontra terhadap permasalahan tersebut. Dengan demikian, dilihat sebagai suatu masalah kebijakan, ada yang mempermasalahkan apakah perlu kejahatan itu ditanggulangi, dicegah atau dikendalikan dengan menggunakan sanksi pidana.

Meski ada beberapa tokoh yang mengkampanyekan anti pidana dalam penanggulangan kejahatan, seperti Olof Kinberg, Karl Menninger, Filippo Gramatika menurut Roeslan Saleh, pandangan mereka untuk menghapus pidana dan hukum pidana adalah keliru. Beliau mengemukakan tiga alasan mengenai masih perlunya pidana dan hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan sebagai berikut:

- a. Perlu tidaknya hukum pidana tidak terletak pada persoalan tujuan-tujuan yang hendak dicapai, tetapi terletak pada persoalan seberapa jauh untuk mencapai tujuan itu boleh menggunakan paksaan, persoalannya bukan terletak pada hasil

³³ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif ...*, Op. Cit., hal. 17-18.

³⁴ Muladi dan Barda Nawawi, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1998, hal. 149.

yang akan dicapai, tetapi dalam pertimbangan antara nilai dari hasil itu dan nilai dari batas-batas kebebasan pribadi masing-masing.

- b. Ada usaha-usaha perbaikan perawatan yang tidak mempunyai arti sama sekali bagi si terhukum dan di samping itu haarus tetap ada suatu reaksi atas pelanggaran-pelanggaran norma yang telah dilakukannya itu dan tidaklah dapat dibiarkan begitu saja.
- c. Pengaruh pidana atas hukum pidana bukan semata-mata ditujukan pada si penjahat, tetapi juga untuk mempengaruhi orang yang tidak jahat yaitu warga masyarakat yang mentaati norma-norma masyarakat.³⁵

Dari pendapat tersebut, nampak bahwa hukum pidana masih perlu dipertahankan dengan berbagai alasan antara lain adanya *prevensi special* (khusus) dan *prevensi general* (umum). Di samping itu yang terpenting adanya pertimbangan yang didasarkan pada keseimbangan antara nilai dari hasil perbuatan yang dikenakan pidana dengan biaya yang telah dikeluarkan. Dan juga perbuatan itu merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, dalam arti merupakan perbuatan yang dapat mendatangkan kerugian (materiil dan spirituil) pada masyarakat.

Barda Nawawi Arief dalam hal ini mengatakan, bahwa Roeslan Saleh tetap mempertahankan hukum dan hukum pidana dilihat dari sudut, politik

³⁵ *Ibid.*, hal. 151-153., Dapat dilihat pula pada Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif*, *Op. Cit.*, hal. 20.

kriminal dan dari sudut tujuan, fungsi dan pengaruh dari hukum pidana itu sendiri, dengan istilah “masih adanya dasar susila dari hukum pidana.”³⁶

H.L. Packer dalam hal ini, juga membicarakan masalah pidana dalam bukunya “*The Limits of Criminal Sanction*”, antara lain menyimpulkan :³⁷

- a. Sanksi pidana sangatlah diperlukan; kita tidak dapat hidup, sekarang maupun di masa yang akan datang, tanpa pidana; (*The criminal sanction is indispensable; we could not, now or in the foreseeable future, get along without it*).
- b. Sanksi pidana merupakan alat atau sarana terbaik yang tersedia, yang kita miliki untuk menghadapi kejahatan-kejahatan atau bahaya besar dan segera serta untuk menghadapi ancaman-ancaman dari bahaya. (*The criminal sanction is the best available device we have for dealing with gross and immediate harms and threats of harm*).
- c. Sanksi pidana suatu ketika merupakan “penjamin yang utama/terbaik” dan suatu ketika merupakan “pengancam yang utama” dari kebebasan manusia. Ia merupakan penjamin apabila digunakan secara hemat-cermat dan secara manusiawi; ia merupakan pengancam, apabila digunakan secara sembarangan dan secara paksa. (*The criminal sanction is at once prime guarantor and prime threatener of human freedom. Used providently and humanely, it is guarantor; used indiscriminately and coercively, it is threatener*).

Dengan pendapat tersebut di atas, akan lebih mempertegas lagi penggunaan hukum pidana sebagai suatu sarana untuk ketertiban masyarakat. Kehidupan masyarakat mensyaratkan adanya tertib sosial (tertib masyarakat) dengan menggunakan seperangkat peraturan-peraturan yang tidak hanya sesuai dengan kebutuhan untuk hidup bersama, tetapi juga sesuai dengan aspirasi warga masyarakat pada umumnya.

³⁶ *Ibid.*, *Kebijakan Legislatif*, Op. Cit., hal. 20.

³⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, hal. 155-156.

Oleh karena itu, peranan yang besar dari hukum khususnya hukum pidana merupakan kebutuhan yang tidak dapat diabaikan bagi suatu sistem hukum. Perlindungan individu maupun masyarakat tergantung pada perumusan yang tepat mengenai hukum pidana. Hal ini tidak kurang pentingnya dari kehidupan masyarakat itu sendiri, sehingga sistem hukum pidana, tindak pidana dan pidana merupakan lembaga-lembaga yang harus tetap dipertahankan.

Dengan demikian, digunakannya hukum pidana di Indonesia sebagai sarana untuk menanggulangi kejahatan tidaklah menjadi masalah. Hal ini terlihat dari praktek perundang-undangan selama ini yang menunjukkan bahwa penggunaan hukum pidana merupakan bagian dari kebijakan atau politik hukum pidana yang dianut di Indonesia. Penggunaan hukum pidana dianggap sebagai hal yang wajar dan normal, sehingga eksistensinya tidak dipermasalahkan lagi.

C. PERZINAAN SEBAGAI MASALAH SOSIAL DAN AGAMA

Secara etimologis zina berasal dari bahasa Arab yang artinya persetubuhan di luar pernikahan.³⁸ Dalam bahasa Inggris kata zina disebut sebagai *fornication* yang artinya persetubuhan di antara orang dewasa yang belum kawin dan *adultery* yang artinya persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki dengan perempuan yang bukan suami istri dan salah satu atau keduanya sudah terikat dalam perkawinan dengan suami/istri lain.³⁹

³⁸ Fadhel Ilahi, *Zina*, (terj.), Qisthi Press, Jakarta, 2004, hal. 7.

³⁹ Oemar Seno Adji, *Hukum (Acara) Pidana dalam Prospekti*, cet. Ke-2, Erlangga, Jakarta, 1976, hal. 49-51.

Untuk *fotnication* dalam bahasa Arab digunakan istilah *zina ghoiru muhson*, sementara untuk *adultery* dalam bahasa Arab digunakan istilah *zina muhson*.

Secara terminologis Kamus Besar Bahasa Indonesia mendefinisikan perzinaan ke dalam dua pengertian : *pertama* adalah perbuatan bersenggama antara laki-laki dan perempuan yang tidak terikat oleh hubungan pernikahan (perkawinan), dan *kedua* adalah perbuatan bersenggama seorang laki-laki yang terikat perkawinan dengan seorang perempuan yang bukan istrinya, atau seorang perempuan yang terikat perkawinan dengan seorang laki-laki yang bukan suaminya.⁴⁰ Sementara dalam hukum Islam perzinaan adalah hubungan seksual (persetubuhan) antara pria dengan wanita yang tidak terikat oleh perkawinan yang sah yang dilakukan secara sengaja.⁴¹

R. Sugandhi dalam memberikan penjelasan terhadap Pasal 284 KUHP tentang perzinaan membagi zina kepada dua pengertian. Menurut pengertian umum zina dimaknai sebagai persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki dan perempuan atas dasar sama sama suka yang belum terikat oleh perkawinan. Tetapi zina menurut pasal ini (Pasal 284 KUHP; pen.) dimaknai sebagai persetubuhan yang dilakukan

⁴⁰ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, 1991, hal. 1136.

⁴¹ Abdul Aziz Dahlah (Ed.), *Ensiklopedi Hukum Islam*, jilid 6, Ikhtiar Baru van Houve, Jakarta, 1996, hal. 2026, lihat pula Abdurrahman bin Muhammad bin Sulaiman, *Majma'ul Anhur fi Syarhil Mullaqal Abhur*, jld. I, Ulan Masydar, 1319, hal. 585, juga dapat dilihat dalam Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujaahid*, jld. II, hal. 585.

oleh laki-laki atau perempuan yang telah kawin dengan perempuan atau laki-laki yang bukan istri atau suaminya.⁴²

Dari beberapa definisi di atas, maka perzinaan dapat dibagi ke dalam dua ruang lingkup pengertian :

Pertama, zina adalah persetubuhan antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan di luar lembaga pernikahan tidak dipersyaratkan apakah salah seorang atau keduanya sudah terikat dalam perkawinan dengan orang lain atau tidak.

Pengertian ini adalah pengertian yang dianut oleh hukum Islam dan pengertian yang umum dipahami oleh masyarakat Indonesia.

Kedua, zina adalah persetubuhan antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang telah kawin dengan perempuan atau laki-laki yang bukan istri atau suaminya.

Pengertian yang kedua ini mempersyarat salah satu atau kedua-duanya harus sudah terikat dalam perkawinan dengan orang lain. Jadi persetubuhan yang dilakukan oleh laki-laki dengan perempuan yang sama-sama masih lajang bukanlah termasuk termasuk perzinaan menurut pengertian yang kedua ini. Pengertian ini adalah pengertian sebagaimana rumusan pasal 284 KUHP.

Perzinaan dalam masyarakat Indonesia, baik menurut pengertian yang pertama maupun yang kedua, merupakan penyakit sosial yang berbahaya.⁴³ Bahkan Kartini Kartono menyebut seks bebas (perzinaan) tidak ada bedanya dengan pelacuran. Pada hakikatnya, dalam eksekutivitas (sangat banyak) seks bebas itu sama

⁴² R. Sugandhi, *KUHP dan Penjelasannya*, Usaha Nasional, Surabaya, 1981, hal. 300.

⁴³ Fadhel Ilahi, *Op. Cit.*, hal. 7.

dengan promiskuitas atau “campur aduk seksual tanpa aturan”, alias pelacuran.⁴⁴ Oleh karena itu perzinaan termasuk ke dalam masalah sosial yang cukup serius, karena melanggar kesopanan, merusak keturunan, menyebabkan penyakit kotor, menimbulkan persengketaan dan ketidakrukunan dalam keluarga, dan malapetaka lainnya.⁴⁵

Menurut Kartini Kartono, yang disebut sebagai masalah sosial ialah :

- “1. Semua bentuk tingkah laku yang melanggar atau memperkosa adat istiadat masyarakat (dan adat istiadat tersebut diperlukan untuk menjalin kesejahteraan hidup bersama).
2. Situasi sosial yang dianggap oleh sebagian besar dari warga masyarakat sebagai mengganggu, tidak dikehendaki, berbahaya dan merugikan orang banyak”.⁴⁶

Perzinaan juga dianggap sebagai masalah sosial, karena hampir semua masyarakat beradab berpendapat, bahwa perlu adanya regulasi atau pengaturan terhadap penyelenggaraan hubungan seks, dengan peraturan-peraturan tertentu. Sebab, dorongan seks itu begitu dahsyat dan besar pengaruhnya terhadap manusia, bagaikan nyala api yang berkobar. Api itu bisa bermanfaat bagi manusia, akan tetapi dapat juga menghancurlumatkan peradaban manusiawi. Demikian pula seks itu, bisa membangun kepribadian; akan tetapi juga bisa menghancurkan sifat-sifat kemanusiaan. Hal ini dibuktikan oleh sejarah peradaban manusia sepanjang zaman.⁴⁷

⁴⁴ Kartini Kartono, *Patologi Sosial*, (cet. 8). PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hal. 197.

⁴⁵ *Ibid.*, hal. 181.

⁴⁶ *Ibid.*, hal. 1-2.

⁴⁷ *Ibid.*, hal. 196-197.

Memang ada sebagian anggota masyarakat yang menganggap perzinahan (seks bebas) itu sebagai masalah privasi dan perbuatan normal yang alamiyah. Berikut ini uraian Kartini Kartono⁴⁸ tentang sanggahannya terhadap argumentasi para penganjur seks bebas, sebagai berikut :

1. Dorongan seks itu alami, persis seperti lapar dan dahaga. Pemuasannya juga bersifat alami atau natural. Maka tabu-tabu, dan regulasi seks itu sifatnya artifisial, dibuat-buat, dan berlebih-lebihan, tidak perlu.

Para *Opponen*/penyanggah pendapat ini justru berpikiran sebagai berikut : memang benar dorongan seks itu pada mulanya bersifat fisiologis dan alami, sebagai produk dari kegiatan glanduler. Namun kemudian, *segi-segi psikis* dari seks ikut muncul, berupa *imaginasi seks* yang mempengaruhi kegiatan-kegiatan glanduler. Artinya, dorongan-dorongan seks itu lalu bersifat artifisial, bukan alami lagi, sebab semakin banyak terdapat sti-muli/perangsang seks dalam masyarakat modern sekarang. Misalnya berupa : film-film biru, gambar-gambar dan majalah porno, pertunjukan seks, dan lain-lain perangsang yang sangat kasar, sehingga muncul perbuatan seks yang sangat ditolak oleh masyarakat, umpama dalam bentuk : perkosaan, ekshibisionisme seksual, promiskuitas terbuka, dan lain-lain. Karena itu perlu diadakan sanksi dan kontrol sosial terhadap kehidupan seks, demi menjamin ketenteraman dan ketertiban hidup.

⁴⁸*Ibid.*, hal. 197-203.

Baik suku-suku bangsa primitif maupun yang modern, pasti mempunyai sistem regulasi untuk menata kelancaran masyarakat dan, mengatur kehidupan seks. Penataan itu ada ditulis dalam wujud hukum dan undang-undang; sedang lainnya tidak tertulis berupa tradisi dan kebiasaan sosial. Maka mutlak perlulah dorongan-dorongan seks itu dikendalikan dan diatur, agar tidak terlalu kelewatan/eksesif, sehingga melemahkan jasmani dan rohani.

2. Argumen kedua menyatakan : seks itu merembesi setiap fase kehidupan. Karena itu kebebasan seks harus dapat diekspresikan dengan bebas penuh, untuk memperkaya kepribadian. Maka, setiap restriksi atau pembatasan terhadap kegiatan seks itu pasti akan menghambat pembentukan kepribadian.

Opponen pendapat ini menyatakan sebagai berikut : memang benar, seks itu merembesi setiap fase kehidupan. Akan tetapi, seperti juga makan dan minum harus diatur.

Agar orang bisa menjadi sehat lahir dan batin, maka aktivitas seks itu juga harus dikendalikan dan diatur demi kesejahteraan sendiri. Dorongan seks itu semisal *kuda liar* yang bisa buas binal tidak terkuasai; tapi juga bisa menjadi jinak terkendali. Dalam hal dorongan seks ini, saiz utama untuk mengendalikan kuda liar ialah keamanan dan akal budi. Sedang hukum dan tradisi berfungsi sebagai pengontrol umum.

3. Alasan ketiga untuk menganjurkan seks bebas ialah sebagai berikut : tabu-tabu seks itu merupakan produk dari dogmatisme religius, yang menganggap seks

sebagai sumber dosa dan noda yang menimbulkan rasa malu; dan bukan sebagai sumber kenikmatan. Lalu orang membuat macam-macam restriksi terhadap aktivitas seks. Dengan sendirinya hal ini bertentangan dengan prinsip-prinsip kebebasan ilmiah di bidang fisiologi, psikologi dan sosiologi.

Pihak oposisi dari teori ini menyatakan sebagai berikut : memang benar standar-standar seks itu banyak mendasarkan diri pada doktrin teologis kuno. Bahkan beberapa aliran agama menyebutkan wanita sebagai sumber pertama dari dosa dan noda. Konsepsi seks sedemikian ini ditolak oleh kebanyakan wanita dan orang modern. Akan tetapi ilmu pengetahuan sudah sejak lama berpendirian, bahwa seks itu bisa dijadikan sumber kebahagiaan manusia. Jika kebutuhan-kebutuhan seks itu tidak terpenuhi secara wajar, akan muncul banyak frustrasi dan gangguan mental.

Sehubungan dengan semua itu, perlu diciptakan restriksi dan regulasi, agar seks itu bisa diintegrasikan secara harmonis dalam totalitas kehidupan yang sehat. Tidak boleh awut-awutan/acak-acakan seperti praktek pelacuran. Muncullah kemudian program Keluarga Berencana, agar kaum ibu tidak dibebani terlalu berat oleh banyak anak.

4. Alasan keempat orang menganjurkan seks bebas ialah sebagai berikut : kegiatan seks itu adalah masalah pribadi, menyangkut diri pribadi dengan partnernya. Maka masyarakat itu sama sekali tidak berhak mencampuri urusan ini. Para penganjur seks bebas menolak dengan sangat prinsip kontrol sosial terhadap aktivitas seks.

Tidak perlulah segala restriksi dan regulasi terhadap impuls-impuls seks. Karena impuls seks itu sama bobot dan nilainya dengan impuls-impuls vital lainnya. Umpama saja, sama dengan impuls lapar, sehingga orang diizinkan makan apapun juga jika dia sudah kelaparan. Lebih-lebih pemerintah tidak berhak mengurus dan ikut campur dalam masalah seks ini, terkecuali jika wanita yang bersangkutan sampai menjadi hamil atau melahirkan bayi.

Pihak *Opponen* menyangkalnya sebagai berikut : tingkah laku seks yang wajar itu tidak mungkin bersifat murni *prive* atau individual. Sebab, tingkah laku seks itu merupakan produk dari sikap hidup/attitude kelompok masyarakat tertentu. Maka kegiatan seks yang bersifat "individual" itu merupakan fase atau bagian dari proses sosial. Selanjutnya, perkembangan pribadi banyak ditentukan oleh sehat tidaknya relasi seks yang dilakukan seorang dalam kehidupan sehari-hari dengan partnernya.

Jika sepasang pria dan wanita bersanggama, mereka tidak hanya menghayati pengalaman fisik dan psikologis saja, akan tetapi juga merasakan relasi pribadi yang sangat intim; sehingga bisa menghayati perkembangan kepribadian masing-masing, melalui proses intimitas yang mendalam. Timbullah kemudian sikap yang tertutup *gereserveerd* yang bersumber pada harga diri atau *selfrespect*, yaitu ingin mengkhususkan diri dan berkontak dengan satu orang yang paling dicintainya; dan bisa diharapkan hal ini berlangsung permanen, untuk selamanya. Melalui pengalaman intim bersama-sama dengan orang yang paling

dicintai itu, orang akan menjadi semakin kaya dan matang kepribadiannya, sehingga akunya mencapai perkembangan yang maksimum.

Atas dasar sikap *gereserveerd* itu orang ingin mendapatkan intimitas eksklusif dengan orang yang dicintai. Eksklusif sedemikian ini disebut : *monogami instinktif*, keakuan, *selfishness*, pemurnian diri, dan menentang promiskuitas serta pelacuran. Maka perkawinan merupakan perikatan eksklusif itu.

Eksklusivitas juga menjalin perikatan yang paling intim dan paling indah, yang tidak bisa diperoleh via relasi dengan orang lain, atau dengan banyak laki-laki dan pelacuran. Relasi intim dan eksklusif itu menjadi stimuli bagi perkembangan pribadi secara maksimum; menumbuhkan simpati yang makin mendalam, rasa berkorban, saling mempercayai, kerinduan yang paling syahdu, dan dambaan akan sekuritas afeksi, satu ikatan atau union yang stabil, dan kebahagiaan yang permanen. Pengalaman-pengalaman psikis yang positif ini tidak mungkin diperoleh melalui relasi seks yang datar (*perifer, oppervlakkig*) dengan banyak laki-laki atau wanita, yaitu melalui seks bebas atau pelacuran.

5. Akhirnya, para propagandis seks bebas bersitegang, bahwa perkawinan dan semua undang-undang perkawinan-perceraian itu cuma mengakibatkan *kompulsi-kompulsi/paksaan psikologis*, yang mengakibatkan kegagalan dan kegoncangan dalam kontak pribadi dengan partnernya. Maka, jika ada kebebasan seks yang komplit, di mana kedua partner bisa berpindah jika sudah tidak saling membutuhkan lalu bebas mencari partner lain yang lebih cocok, maka peristiwa

sedemikian ini bisa lebih menjamin kokohnya monogami (mono=satu; gameoo=partner). Karena itu kontak yang perfek tidak mungkin bisa berlangsung tanpa adanya kebebasan yang perfek, tanpa kebebasan sebebaskan-bebasnya. Sebab, cinta itu tidak bisa dipaksakan dengan undang-undang dan restriksi-restriksi. Karenanya, *union tanpa perkawinan* pasti akan lebih berhasil dan lebih efisien daripada persatuan/union dengan perkawinan.

Kaum *Opponen* menyanggah dengan argumentasi/alasan sebagai berikut : memang benar ada terlalu banyak kompulsi dalam perkawinan. Hal ini tidak disebabkan oleh perkawinan itu sendiri, akan tetapi oleh banyaknya perceraian dan undang-undang perceraian. Senyatanya, ikatan perkawinan itu akan menjamin kestabilan, bila dilindungi oleh undang-undang perkawinan-perceraian yang lebih mantap atau yang lebih baik. Ketenteraman, sukses dan harmoni perkawinan akan lebih menjamin bila disertai sanksi dan regulasi.

Tanpa perkawinan, *union* akan sangat rapuh, kedua partner akan terlalu mudah berpisah; misalnya pada saat-saat marah dan “*gelo*”. Ikatan temporer tanpa perkawinan pasti menipiskan tanggung jawab, dan mengakibatkan sangat goyahnya solidaritas dan kesetiaan, juga mengakibatkan pengingkaran pada kewajiban-kewajiban tertentu. *Union* yang temporer akan mengantisipasi pola “kawin-cerai” atau pola “hidup-bersama-bercerai” yang berkali-kali. Lalu juga mengakibatkan anarki seks dan disorganisasi.

Kenyataan membuktikan, bahwa seks bebas dan cinta bebas mengakibatkan banyak kerusakan/destruksi di kalangan orang-orang muda, baik pria maupun wanita. Seandainya pemuasan seks itu bisa dimisalkan dengan “segelas air”, dengan mana orang bisa memuaskan rasa dahaganya (akibat kebutuhan seks), maka dapatkah dibenarkan orang tersebut minum segelas air comberan yang kotor untuk memuaskan kehausannya? Atau minum air segelas dengan jalan merampas milik orang lain?

Dalam kehidupan ini segala sesuatu sudah diatur tertib oleh irama dan regulasi alam. Maka seyogyanya cinta dan seks itupun harus diatur oleh kontrol diri dan disiplin diri. Hanya dengan cara sedemikian manusia bisa mencapai kebahagiaan dan menikmati vitalitasnya; lalu mencapai keseimbangan hidup dan kepuasan yang merupakan dua atribut esensiil bagi kehidupan.

Dengan adanya regulasi terhadap seks, bisa ditegakkan sendi-sendi moral. Dan melalui perkawinan bisa dicapai kestabilan serta kebahagiaan hidup berkeluarga. Seks bebas, promiskuitas, pelacuran dan kekacuan seksual pasti menjadi penyebab bagi anarki hidup, dan bertentangan dengan etik/kesusilaan serta ketertiban masyarakat. Seks bebas, union temporer dan pelacuran merupakan fenomena atau gejala-gejala hidup yang jorok, acak-acakan, yang anarhistis atau mengacau.

Memang banyak pelacur, pria dan wanita yang berpendirian sebagai berikut :
“Saya mau jatuh cinta, jika saya mendekatinya; dan mengakhirinya kapan saja

jika aku menghendaknya. Cinta harus bebas, tanpa ikatan, bebas-sebebasnya; dan akan saya jalin dengan siapapun juga.” Pendirian semacam ini adalah pendirian promiskuous, tak bedanya dengan pendirian prostitusi, yang menumbuhkan sikap sangat labil; bahkan tanpa pendirian, tanpa tanggung jawab. Menyebabkan munculnya sikap “semau-gue” dan liar, yang bertentangan dengan prinsip-prinsip kedewasaan. Lebih-lebih, sikap sedemikian itu tidak bisa ditolerir sama sekali pada diri wanita sebagai penerus generasi manusia dan pendidik. Karena itu, promiskuitas dan pelacuran tidak mungkin bisa membahagiakan manusia; sebaliknya banyak menimbulkan malapetaka, keduakaan, penyakit kotor dan kesengsaraan.

Perzinaan bukan hanya masalah sosial, tetapi juga menjadi masalah moral keagamaan. Tiga agama samawi; Yahudi, Nasrani dan Islam melarang keras (mengharamkan) perzinaan dan menganggapnya sebagai perbuatan keji dan kotor, yang karenanya masuk dalam kategori dosa besar dengan hukuman yang sangat berat.

Dalam kitab Taurat (perjanjian lama; kitab suci agama Yahudi) zina disebutkan sebagai perbuatan keji, kotor dan mengotori bumi (lingkungan masyarakat, pen.).

Untuk kategori keji dan kotor, disebutkan dalam *Ayub* melalui ucapannya, *”Jika hatiku tertarik kepada perempuan dan aku menghadang di pintu sesamaku, maka biarlah isteriku menggiling bagi orang lain, dan biarlah orang-orang lain meniduri*

dia. Karena hal itu adalah perbuatan mesum, bahkan kejahatan yang patut dihukum oleh hakim".⁴⁹ (Ayub 31 : 9-11).

Adapun untuk kategori kotor dan menajiskan bumi, telah disebutkan dalam *Imamat* bahwasanya Tuhan memerintahkan Musa agar menyuruh pengikutnya untuk tidak berzina dengan istri-istri dan anak-anak perempuan tetangga, isteri teman dan juga binatang, kemudian Musa berkata, "*Tetapi kamu ini haruslah tetap berpegang pada ketetapanKu dan PeraturanKu dan jangan melakukan sesuatupun dari segala kekejian itu, baik orang Israel asli maupun orang asing yang tinggal di tengah-tengahmu, -- karena segala kekejian itu telah dilakukan oleh penghuni negeri yang sebelum kamu, sehingga negeri itu sudah menjadi najis*"⁵⁰ (*Imamat* 18 : 26-27).

Disebutkan bahwasanya murka dan siksaan Allah swt. ditimpakan kepada orang-orang yang berzina. Firman Tuhan yang disebutkan dalam *Yeremia*, "*Bagaimana, kalau begitu, dapatkah Aku mengampuni engkau? Anak-anakmu telah meninggalkan Aku, dan bersumpah demi yang bukan Allah. Setelah Aku mengenyangkan mereka, mereka berzina dan bertemu ke rumah persundalan. Mereka adalah kuda-kuda jantan yang gemuk dan gasang, masing-masing meringkik menginginkan isteri sesamanya. Masakan Aku tidak menghukum mereka karena*

⁴⁹ *Al Kitab*, Lembaga Al Kitab Indonesia, Jakarta, 1979, hal. 598.

⁵⁰ *Ibid.*, hal. 141.

semuanya ini?, demikianlah firman Tuhan. Masakan Aku tidak membalas dendamku kepada bangsa seperti ini? ”⁵¹ (Yeremia 5 : 7-9).

Disebutkan pula dalam *Imamat* bahwa Allah menghancurkan umat-umat terdahulu ketika mereka berbuat zina, dan memerintahkan Bani Israil agar tidak berbuat zina, dengan ancaman jika mereka melakukannya maka mereka akan dihancurkan sebagaimana umat-umat terdahulu. Pada poin ini, satu ayat menegaskan, “*Janganlah sampai bumi melemparkan kalian ketika kalian mengotorinya (dengan perbuatan zina), sebagaimana umat-umat terdahulu dilemparkan. Karena siapa saja yang melakukan perbuatan kotor ini, maka tubuh pelakunya akan dihancurkan di antara kaumnya.*” ⁵²(*Imamat* 8 : 28-29).

Oleh karena itu Perjanjian Lama menetapkan hukuman berat bagi pelaku zina, yakni dibunuh (*Imamat* 20 : 10-11), debakar hingga mati (*Imamat* 20 : 14) dan dihukum rajam dengan batu hingga mati (*Ulangan* 20 : 23-24).⁵³

Menurut ajaran Nasrani, zina tergolong dosa besar dan banyak sekali ayat Injil yang memuat larangan berbuat zina. Di antara larangan tersebut terdapat dalam “Sepuluh Wasiat”, yang berbunyi : “*Engkau tentu mengetahui segala perintah Allah : Jangan berzina, jangan membunuh, jangan mencuri, jangan mengucapkan saksi dusta ...*” Pada ayat lain disebutkan tentang orang yang melanggar salah satu dari “Sepuluh Wasiat” tersebut : “*Setiap orang yang melepaskan (melanggar) satu dari wasiat-wasiat ringan itu dan mengajari manusia berbuat demikian, maka ia*

⁵¹ *Ibid.*, hal. 839.

⁵² *Ibid.*, hal. 141.

⁵³ *Ibid.*, hal. 143 dan 232.

*tergolong hina di kerajaan langit. Adapun orang yang mengamalkannya dan mengajari manusia berbuat demikian, maka ia tergolong mulia di kerajaan langit”*⁵⁴ (Luk 18:20)

Paulus menegaskan dalam suratnya yang pertama kepada jamaah Korintus agar menjauhi zina. *“Tetapi tubuh bukan untuk pencabulan, melainkan untuk Tuhan, dan Tuhan untuk tubuh”*⁵⁵ (Kor 6 : 13)

Ia menambahkan, *“Tidak tahukah kamu, bahwa tubuhnya adalah anggota Kristus? Akan kuambilkah anggota Kristus untuk menyerahkannya kepada pencabulan?”*⁵⁶ (Kor 6 : 15)

Lalu Paulus menetapkan bahwa penyucian jiwa hanya bisa ditempuh dengan mencegah diri dari perbuatan zina. *“Karena inilah kehendak Allah : pengudusanmu, yaitu supaya kamu menjauhi pencabulan.”*⁵⁷ (Tes 4 : 3). Paulus juga mewasiatkan kepada para jemaat di Efesus, *“Tetapi percabulan dan rupa-rupa kecemaran atau keserahakan disebut sajakapun jangan di antara kamu, sebagaimana sepatutnya bagi orang-orang kudus.”*⁵⁸ (Tes 5:3).

Menurut ajaran Nasrani, zina akan berdampak keji terhadap pelakunya. Paus berkata dalam suratnya yang pertama kepada jemaat, *“Jauhkanlah dirimu dari percabulan! Setiap dosa lain yang dilakukan manusia, terjadi di luar dirinya. Tetapi*

⁵⁴ *Ibid.*, hal. 104.

⁵⁵ *Ibid.*, hal. 212.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, hal. 259

⁵⁸ *Ibid.*

orang yang melakukan percabulan berdosa terhadap dirinya sendiri.”⁵⁹(Kor 6:18). Paulus menegaskan bahwa pelaku zina bukan termasuk pewaris kerajaan Kristus, “Karena ingatlah ini baik-baik : tidak ada orang sundal, orang cemar atau orang serakah, artinya penyembah berhala, yang mendapat bagian di dalam kerajaan Kristus dan Allah.”⁶⁰ (Ef 5:5).

Islam sebagai agama samawi terakhir pun mengecam keras (mengharamkan) segala bentuk perzinaan. Islam menetapkan bahwa zina, menurut akal, adalah perbuatan kotor. Allah s.w.t. berfirman, “*Dan janganlah kamu mendekati perbuatan zina. Sesungguhnya zina itu suatu perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk.*” (QS. Al-Isra’ : 32)⁶¹

Dalam Islam yang dilarang bukan hanya pada perbuatan zinanya, tetapi segala bentuk perbuatan yang dapat menimbulkan dorongan seksual yang akan menghantar seseorang (mendekati) perbuatan zina pun dilarang. Jangankan berbuat zina, melakukan perbuatan apa saja yang biasanya menjadi pendahuluan atau bisa mengarah pada perzinaan adalah termasuk pada perbuatan kotor yang melanggar kesusilaan.

Terhadap firman Allah di atas Abdurrahman bin Nashir as-Sa’di berkomentar, bahwa : “Allah s.w.t. telah mengategorikan zina sebagai perbuatan keji dan kotor. Artinya, zina dianggap keji menurut syara’, akal dan fitrah karena

⁵⁹ *Ibid.*, hal. 212.

⁶⁰ *Ibid.*, hal. 245.

⁶¹ Departemen Agama RI, *Al Qur'an dan Terjemahannya*, PT Internasa, Jakarta, 1985/1986, hal. 429.

merupakan pelanggaran terhadap hak Allah, hak isteri, hak keluarganya atau suaminya, merusak kesucian pernikahan, mengacaukan garis keturunan, dan melanggar tatanan lainnya.”⁶²

Oleh karena itu Islam menetapkan hukuman yang sangat berat kepada para pelaku perzinaan. Untuk pelaku yang masih lajang (belum kawin; zina ghoiru muhson) baik laki-laki maupun perempuan, hukumannya di jilid (pukul) sebanyak seratus kali⁶³ dan diasingkan selama satu tahun.⁶⁴ Sedangkan bagi pelaku yang sudah terikat perkawinan (zina muhson) baik laki-laki maupun perempuan, hukumannya seratus kali jilid dan dirajam (dilempari batu) hingga mati.⁶⁵

D. HUBUNGAN ANTARA HUKUM DAN MORAL/AGAMA

Perzinaan di samping merupakan masalah sosial dan agama, sebagaimana telah diuraikan di muka, adalah juga sekaligus merupakan masalah moral. Persoalan yang kemudian muncul adalah bagaimana hubungan antara hukum dengan moral? Sejauh mana hukum dapat memasuki wilayah moral? Akan dijelaskan di bawah ini.

Antara norma hukum dan moral memang berbeda. Kant mengemukakan bahwa terhadap norma-norma moral timbullah sikap “*moralitat*”, yakni penyesuaian diri dengan kewajiban batin. Di sini hati nurani menjadi motivasi yang sebenarnya dari kelakuan dan tindakan-tindakan. Adapun terhadap norma-

⁶² Fadhel Ilahi, *Op. Cit.*, hal. 26.

⁶³ Departemen Agama RI, *Op. Cit.*, hal. 543.

⁶⁴ Abu Husain Muslim bin Al Hajjaj Ibnu Muslim Al Qusyairi An Naisaburi, *Sahih Muslim*, Jld. II, Dar Al Kutub Al Ilmiyah, Beirut, tt., hal. 48.

⁶⁵ *Ibid.*

norma hukum timbullah sikap "*legalitat*" yakni penyesuaian diri dengan apa yang telah ditentukan dalam undang-undang.⁶⁶

Uraian Kant ini dapat dilengkapi dengan uraian A. Reinach (1883-1917) sebagai berikut :

- norma moral berkaitan dengan suara hati pribadi manusia, norma hukum berlaku atas dasar suatu perjanjian.
- hak-hak moral tidak pernah hilang dan tidak dapat pindah ke orang lain, sedangkan hak-hak hukum dapat hilang dan dapat pindah sesuai dengan perjanjian.
- Norma moral mengatur baik hidup batin maupun hidup lahir, sedangkan norma hukum hanya mengatur kehidupan lahiriah saja.⁶⁷

Meskipun norma moral dan hukum itu berbeda, akan tetapi ada hubungan yang sangat erat di antara dua norma tersebut. Tentang hal ini Kant menjelaskan bahwa pembentukan hukum sebenarnya merupakan bagian dari tuntutan moral (*imperatif kategoris*) yang dialami manusia dalam hidupnya. Imperatif itu mengharuskan orang untuk mengatur hidup bersama sesuai dengan prinsip-prinsip moral dan karenanya membentuk undang-undang yang adil. Oleh sebab itu definisi Kant tentang hukum memuat unsur etis, yakni bahwa kriteria bagi pembentukan hukum adalah kebebasan moral. Definisi Kant tentang hukum itu berbunyi "hukum ialah sejumlah syarat yang menjamin bahwa kehendak seorang

⁶⁶ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Knisius, Yogyakarta, 1995, hal.66

⁶⁷ *Ibid.*

pribadi disesuaikan dengan kehendak pribadi lain menurut norma umum kebebasan". Nyatalah di sini bahwa tata hukum diartikan sebagai buah sikap moral manusia.⁶⁸

Hubungan antara moral dan hukum menurut Huijbers sebenarnya lebih erat lagi, sebab norma-norma yang berbeda-beda secara abstrak, secara konkrit tidak usah muncul secara terpisah. Seperti terjadi bahwa norma-norma yang berlaku secara moral, dijadikan hukum juga. Malahan justru dengan dijadikannya norma hukum, norma moral menjadi efektif bagi hidup bersama. Oleh sebab itu kewajiban yang timbul akibat munculnya norma-norma yuridis ada dua jenis, *pertama* yang bersifat ekstern karena sanksi; kewajiban ini bersifat yuridis belaka, *kedua* yang bersifat intern (moral); kewajiban ini bersifat *etis-yuridis*. Adanya nilai etis pada hukum dapat dimengerti bila kita insyaf bahwa hukum itu merupakan salah satu hasil kegiatan manusia sebagai *ko-eksistensi etis*. Memang benar bahwa hukum secara langsung berasal dari kehendak yuridis, tetapi kehendak yuridis itu merupakan bagian dari kehendak etis manusia untuk mengatur kehidupan bersama dalam segala relasi-relasinya, supaya relasi-relasi itu baik dan karenanya kehidupan manusia menjadi baik dan bahagia.

Akhirnya Huijbers menyimpulkan bahwa hukum terkait etika, sebab melalui tatanan norma-norma hukum ditetapkan suatu tatanan sosial yang adil. Hukum mewajibkan secara etis-yuridis yang karenanya hukum dapat menciptakan keadilan.⁶⁹

⁶⁸ *Ibid*, hal. 67.

⁶⁹ *Ibid*., hal. 67-68.

Seorang ahli hukum barat yang juga mendukung legal-moralism adalah Patrick Devlin, seorang ahli hukum Britania (Inggris) terkemuka yang mempunyai pandangan dan mengkampanyekan pendapatnya bahwa hukum lebih baik dapat masuk ke wilayah moralitas. Moral dalam pandangannya tidaklah merupakan masalah privat, tetapi publik (masyarakat) juga mempunyai hak untuk menegakkan moral. Devlin berkeyakinan bahwa masyarakat tidak hanya dipadukan secara fisik, tetapi juga oleh ikatan non fisik. Menurutnya masyarakat berarti suatu komunitas gagasan, tanpa *sharing ide* dalam politik, moral dan etika, maka tidak akan ada masyarakat. Masing-masing dari kita mempunyai gagasan tentang apa yang baik dan buruk, mereka tidak bisa berdiri secara pribadi dari masyarakat di mana kita tinggal. Jika ada yang mencoba untuk membangun suatu masyarakat tanpa adanya persetujuan yang fundamental tentang kebaikan dan keburukan, maka masyarakat tersebut akan hancur.⁷⁰

Untuk mendukung tesisnya bahwa masyarakat dipadukan oleh moralitas yang umum, Devlin mengacu pada perzinahan sebagai suatu contoh. Karena menurutnya perzinahan tidak melulu menjadi masalah privat, tetapi juga menjadi urusan publik. Untuk itu lembaga perkawinan, yang mendasari lembaga kemasyarakatan, kelangsungannya sangat dipengaruhi dan tergantung pada ketaatan terhadap norma-norma tertentu yang berhubungan dengan kesucian/kemurnian lembaga perkawinan. Lembaga perkawinan akan terancam jika hanya dengan

⁷⁰ Patrick Devlin, *The Enforcement of Moral*, Oxford University Press, Oxford, 1977, hal 103.

pertimbangan individu dapat menjustifikasi praktek perzinahan. Masyarakat yang sebagian besar tinggal di negara-negara Kristen mempertimbangkan bahwa “monogami” itu baik dan menawarkan cara hidup yang baik. Oleh karena itu menurut Devlin masyarakat kita telah mengadopsi asas monogami sebagai norma untuk perkawinan. Sebagai konsekwensinya, jika kita telah memilih untuk memelihara kebaikan masyarakat, maka perzinahan harus diperlakukan sebagai suatu ancaman yang dapat merusak masyarakat yang mapan dan karenanya hal tersebut merupakan masalah publik. Ia beralasan bahwa masyarakat bukanlah sesuatu yang bersatu padu secara fisik, tetapi juga melalui ikatan yang non fisik dari pikiran dan perasaan yang berlaku umum. Jika ikatannya terlalu kendur maka anggota masyarakat itu akan terpisah dan tercerai berai. Moralitas publik menjadi bagian dari ikatan itu. Ikatan tersebut menjadi bagian dari nilai masyarakat. Dan umat manusia yang memerlukan masyarakat harus membayar harganya.⁷¹

Ketika standard moral telah mapan dan telah diakui oleh masyarakat sebagai moralitas publik, maka masyarakat berhak atas perlindungannya melalui jalur hukum. Jika masyarakat tidak mempunyai hak untuk membuat pertimbangan terhadap moral, hukum harus menemukan beberapa pertimbangan khusus untuk memasuki wilayah moral (kesusilaan).⁷² Dengan statemen ini Devlin mengakui bahwa moral dan hukum memiliki dunia yang berbeda dengan karakteristiknya masing-masing. Sungguh pun keduanya mungkin mempunyai kosa kata yang serupa,

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, hal. 11.

seperti “kewajiban”, “larangan”, “rasa bersalah”, “tugas”, dan lain-lain, tetapi konotasinya menjadi berbeda. Kewajiban hukum dibedakan dari kewajiban moral jika dilihat dari sanksinya. Sanksi hukum berbentuk fisik atau material, sedangkan sanksi moral berbentuk non fisik (*immaterial*). Jika hukum tidak bisa masuk ke wilayah moral, dasar apakah yang dimiliki masyarakat untuk berhak memberikan *justifikasi*?

Satu-satunya jalan yang memungkinkan untuk menjawab pertanyaan ini adalah bahwa harus mempunyai hak untuk menilai aturan hukum atas dasar moralitas yang diakui. Untuk memelihara moralitas yang diakui, masyarakat boleh menggunakan hukum, dan lagi pula mereka boleh menggunakan hukum itu untuk melindungi hal-hal lain yang penting bagi keberadaan masyarakat. Inilah alasannya kenapa Devlin percaya bahwa masyarakat mempunyai hak utama (*prima facie*) untuk membuat undang-undang melawan perbuatan-perbuatan amoral.⁷³

Penjelasan di atas menunjukkan bahwa Devlin mempertimbangkan bahwa integrasi masyarakat bergantung atas beberapa aturan moral yang sama. Sekalipun ia mengakui bahwa dalil ini bukanlah suatu kebenaran empirik, tapi itu adalah suatu yang perlu dan bisa diterima. Bagaimanapun, apakah dalil di atas adalah kebenaran bisa diterima atau tidak, tergantung pada bagaimana istilah “masyarakat” didefinisikan. Sebab bagi dia, masyarakat digambarkan sebagai tubuh dari orang-orang yang menjaga pandangan moral secara bersama-sama, bahwa dalil itu boleh

⁷³ *Ibid.*

menjadi suatu kebenaran bisa diterima dan perlu. Oleh karena itu, dengan mengacu pada logika ini, dalam rangka memelihara integrasi sosial, Devlin berkata bahwa "masyarakat diberi hak atas pertolongan hukum untuk melindungi dirinya sendiri dari bahaya apakah dari dalam atau dari luar. Kesusilaan yang mapan, bagi dia, diperlukan juga sebagaimana pemerintahan yang baik, itu menjadi arti besar untuk kesinambungan masyarakat itu sendiri. Komentar terhadap pentingnya memelihara kesusilaan yang mapan, ia berkata:

"kehancuran masyarakat dari dalam lebih sering dibanding mereka dihancurkan dari tekanan luar. Ada disintegrasi ketika tidak ada kesusilaan umum, telah diamati dan ditunjukkan sejarah bahwa ikatan moral yang longgar adalah sering menjadi langkah yang pertama dari disintegrasi. Oleh karena itu, masyarakat dibenarkan mengambil langkah-langkah yang sama untuk memelihara kode moralnya sebagaimana mereka lakukan untuk memelihara pemerintahannya atau institusi penting lainnya".⁷⁴

Dengan statement di atas, Devlin berusaha untuk membujuk pembaca itu dengan pembuatan analogi, bahwa memelihara kesusilaan adalah sama saja dengan pemeliharaan pemerintahan yang sudah *establish* (mapan). Oleh karena itu, otoritas publik dan kesusilaan publik disejajarkan dengan pengkhianatan dan perbuatan amoral. Masyarakat melarang perbuatan amoral dengan alasan yang sama dalam melarang subversi. Oleh karena itu, kecabulan bertentangan dengan kesusilaan yang mapan, dimana hal itu adalah pengkhianatan yang dapat ditindas di depan hukum sebagaimana tindakan lain (aktivitas) yang bersifat subversif"

⁷⁴ *Ibid.*, hal. 13

Oleh karena itu, bagi Devlin, masalah utama bukanlah apakah tindakan itu ditentukan oleh kesusilaan pribadi atau kesusilaan publik, tetapi apakah itu bersifat subversif atau bukan. Walaupun suatu tindakan tertentu dapat dikategorikan sebagai kesusilaan pribadi -jika bersifat subversif- dalam pengertian bahwa itu dapat merusak kesusilaan publik yang sudah diterima dan yang disetujui, namun hukum bisa campur tangan. Tetapi masalahnya adalah standar moral siapa akan digunakan untuk menilai perbuatan amoral ditentukan? Menurut dia, ukuran kesusilaan masyarakat adalah standard "hak fikiran orang". Kecabulan adalah, "apa yang hak fikir tiap-tiap orang untuk mempertimbangkan apa yang dianggap kecabulan".⁷⁵

Moralitas bukanlah sesuatu bentuk alasan tetapi suatu perihal perasaan. Menurut Devlin bahwa "tiap-tiap pertimbangan moral, kecuali yang diklaim sebagai sumber ilahi, hanya suatu perasaan yang tidak ada hak fikir seseorang bisa bertindak pada jalan lain tanpa mengakui bahwa ia sedang lakukan kesalahan". Oleh karena itu, kekuatan di belakang pertimbangan moral masyarakat tidak terletak pada alasan mereka tetapi di dalam akal sehat mereka.

Walaupun Devlin menekankan pentingnya melindungi suatu moral masyarakat yang sudah mapan dari perbuatan amoral, individu tidak bisa dengan mudah menjadi diharapkan tunduk (menjadi bawahan), kepada masyarakat. Ia setuju dengan prinsip dimana kebebasan individu harus dimaklumi sejauh tidak merusak integritas sosial. Masih juga, ada ukuran dalam membatasi toleransi, yaitu ditentukan perasaan orang

⁷⁵ *Ibid.*, hal. 14-15.

yang biasa praktek. Jika orang yang biasa mempunyai _ perasaan riil perasaan mencela_, maka ini akan menjadi suatu indikasi baik bahwa batas pentoleransian telah terlewati.⁷⁶

Hal ini menandakan bahwa hak privasi harus dihormati, tetapi, jika dalam memperoleh dan menikmati hak pribadi tersebut, hak dari yang lain orang-orang terganggu, maka ia harus siap untuk kehilangan hak privasinya. Inilah alasan kenapa Devlin membantah bahwa jika menyetujui orang dewasa yang telah terlibat dalam tindakan dimana masyarakat mempertimbangkan sebagai tindakan yang kejam dan berbahaya terhadap masyarakat, mereka mungkin akan kehilangan hak privasi mereka. Tetapi, dalam rangka menghindari pendeteksian yang sembrono dari agen negara, katakanlah polisi, hukum harus ramah. Keramahan hukum bisa dilakukan melalui penyediaan hak masyarakat untuk lapor (komplain). Hukum tidak bisa bertentangan dengan hak pribadi kecuali jika ada keluhan dari masyarakat⁷⁷. Meskipun demikian, pertimbangan ini , tidaklah diarahkan untuk membenarkan semua pengecualian dari semua amoralitas pribadi, tetapi lebih diarahkan pada uji "perilaku pribadi". Masyarakat, seperti disebutkan lebih awal, boleh dengan sah melarang perbuatan amoral untuk alasan yang sama dalam melarang subversi dan, karenanya, dapat diperlakukan sebagai suatu pengkhianatan yang dapat tuntutan di depan hukum sebagai " aktivitas yang bersifat subversif".

⁷⁶ *Ibid.*, hal. 17.

⁷⁷ *Ibid.*, hal. 19.

Pandangan Devlin's bahwa kesusilaan dapat dibuat undang-undang, seperti halnya kesatuan sosialnya dan pengintegrasian sosial. Hal ini sudah mengundang tanggapan dari banyak orang kritikus hukum positif. Kritikan kuat datang dari H.L.A. Hart, Profesor jurisprudensi pada Oxford Dan Stanford Universitas. Dalam tulisannya berjudul, "*Law, Liberty and Morality*" (1963), Hart membantah bahwa Argumentasi Devlin's tentang penegakan moralitas secara legal tidaklah meyakinkan. Dengan menarik kesimpulan bahwa hukum yang ada yang berhubungan dengan larangan hubungan seks antar saudara, homoseksualitas dan euthanasia, sebagai bukti pendukung untuk penegakan moralitas, Devlin memohon bahwa "prinsip konservatif tidak bahaya dimana disitu terdapat anggapan bahwa institusi umum yang sudah lama ada mungkin untuk tidak mempunyai jasa nyata kepada ahli filsafat orang rasionalist".⁷⁸

Devlin⁷⁹ mengatakan bahwa moral dan agama adalah dihubungkan secara internal". Ia menggunakan bigami sebagai suatu contoh untuk mendukung gagasan ini seperti halnya untuk menunjukkan bagaimana hukum digunakan untuk penegakan moralitas⁸⁰. Dalam ranah ini, Hart berkomentar bahwa hukum tidak akan ikut campur jika seseorang berzina dengan perempuan dan bahkan dengan beberapa wanita-wanita. Sepanjang ia tidak menikahi salah satunya atau mereka, hukum tidak mempunyai hak-hak ikut campur. Dengan begitu, campur tangan hukum bukanlah oleh karena melakukan perzinahan, tetapi sebab perkawinan beristri/bersuami dua

⁷⁸ H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1963, hal. 29.

⁷⁹ Patrick Devlin, *Op. Cit.*, hal. 4.

⁸⁰ *Ibid.*, hal. 9.

(poligami). Perkawinan yang beristri/bersuami dua (poligami), bagaimanapun, membuat gangguan publik atau penghinaan nyata kepada publik. Inilah alasan kenapa, hal itu dibenarkan bagi hukum untuk campur tangan.⁸¹

Kritikan Hart yang lain berhubungan dengan tesis Devlin's tentang integrasi sosial dan kohesi sosial. Menurut Devlin, Masyarakat akan hancur jika kesusilaan (moralitas) di sekitar orang-orang yang sudah padu, rusak. Hart membantah bahwa tesis tentang integrasi sosial yang dipromosikan Devlin telah salah dipahami. Devlin, menurut Hart, mungkin mengoreksi bahwa tiap-tiap masyarakat tergantung pada tingkatan moralitas yang sama, tetapi argumentasi pendukungnya bahwa masyarakat adalah serupa dengan moralitasnya adalah "absurd" (tidak jelas). Hart menetapkan bahwa integrasi sosial yang mana diperlakukan sebagai "kebenaran yang diperlukan" tidaklah bisa diterima. Jika masyarakat serupa dengan nilai-nilai moralnya, secara logika, perubahan tentang moralitasnya akan serupa dengan pembinasaan diri masyarakat sendiri.⁸² Karena alasan ini, Hart berpikir bahwa Argumentasi Devlin's adalah absurd (tidak jelas).

Berbeda dengan kritik yang dikomentarkan oleh Hart, Robert P. George, Profesor Politik pada Universitas Princeton, memberikan suatu kritik yang lebih simpatik. Di dalam bukunya, *"Making Men Moral; Civil Liberties and Public Morality"* (1993), George percaya bahwa penegakan moralitas secara legal sebagaimana diusulkan oleh Devlin tidaklah secara total salah. George percaya

⁸¹ HLA. Hart, *Op. Cit.*, hal. 40.

⁸² *Ibid.*, hal. 51-52.

bahwa perundangan kesusilaan, sepanjang kesusilaan dikuatkan, dapat memainkan suatu peran yang sah dalam memelihara suatu lingkungan moral yang berguna bagi kebaikan. Masih juga, ia mengkritik Gagasan Devlin bahwa mempertahankan penerapan moralitas bisa diakui sebagai suatu cara sah. Hukum harus didasarkan pada kebenaran empirik, seperti larangan penggunaan obat-obatan⁸³, jadi bukan didasarkan pada kebenaran ideal. Jika penyelenggaraan kesusilaan yang hukum didasarkan pada kebenaran ideal, itu bisa membahayakan kebebasan sipil.

Dari sudut pandang liberal, perundangan moralitas mungkin dapat dianggap sebagai sesuatu yang mengganggu hak-hak asasi manusia untuk bebas dan mengganggu independensi moral. Tetapi dengan merujuk prinsip-prinsip kemasyarakatan, George mencoba untuk mempertahankan posisi tradisional terhadap legislasi moral melawan kritik yang dikatakan para ahli teori liberal terkemuka jaman ini, seperti Ronald Dworkin.

Sebagaimana dinyatakan lebih awal, Devlin berpendapat bahwa "jika ikatan sosial terlalu longgar, maka anggota (masyarakat) itu akan terpecah belah. Kesusilaan umum menjadi bagian dari Ikatan itu, ikatan tersebut menjadi bagian dari harga masyarakat; dan umat manusia yang memerlukan (tatanan) masyarakat, harus membayar harganya"⁸⁴. Statement ini, menurut George, telah diperlakukan oleh Devlin sebagai sesuatu yang serupa dengan disintegrasi sosial. Istilah "terpecah belah" bukanlah suatu istilah yang tidak familier. Para anggota masyarakat mungkin

⁸³ Robert P. George, *Making Man Moral, Civil Liberties and Public Morality*, Oxford Clarendon Press, 1993, hal. IX.

⁸⁴ Patrick Devlin, *Op. Cit.*, hal. 10.

akan "terpecah belah" ketika mereka berhenti untuk mengintegrasikan hidup mereka kepada minat, komitmen dan perhatian, orang kebanyakan.

Suatu pasangan mungkin akan "terpecah belah" tetapi mereka masih melanjutkan untuk mengkoordinir aktivitas dan kehidupan mereka demi kebaikan untuk ikatan perkawinan mereka dan anak-anak mereka.⁸⁵ Pendek kata mereka masih terintegrasi, sungguhpun sifat alami pengintegrasian mereka adalah berbeda. Sebelum "terpecah belah", integrasi mereka termotivasi oleh persamaan mereka, tetapi setelah "terpecah belah", pengintegrasian mereka termotivasi oleh faktor berbeda. Bagaimanapun, kedua macam pengintegrasian pada dasarnya termotivasi oleh objek yang baik dan yang sama. Dengan begitu suatu masyarakat mungkin "terpecah belah" tetapi mereka tetap terintegrasi oleh obyek yang baik dan yang sama. Inilah alasan kenapa, menurut George, kohesi yang sosial yang diusulkan oleh Devlin dapat dibenarkan lebih dari suatu perspektif communitariansime.

Menurut communitarianism, yang dipahaminya, bahwa kohesi sosial atau integrasi sosial adalah "harga yang tidak melulu sebagai alat memelihara tujuan (dan barang-barang lain yang datang sebagai hasil yang mengkoordinasikan aktivitas manusia), tetapi sebagai sesuatu yang bermanfaat demi sendiri". *Communitarian* melihat bahwa identifikasi tentang kepentingan seseorang dan kesejahteraan dan minat diri sendiri dengan apa orang lain, laki-laki atau perempuan, secara integral terkait dengan kepentingan masyarakat itu. Jika kondisi untuk mengintegrasikan

⁸⁵ Robert P. George, *Op. Cit.*, hal. 68.

masyarakat dibinasakan, ini berarti bahwa suatu alat untuk mengkoordinir manusia aktivitas adalah juga hilang.⁸⁶ Faktor inilah yang telah digunakan oleh Devlin dalam mengembangkan argumentasinya.

George tidak setuju dengan perhatian Hart tentang penafsiran ikatan sosial yang diusulkan oleh Devlin. Hart menuduh Devlin dalam pendapatnya bahwa masyarakat identik dengan moralitasnya.⁸⁷ Tetapi, menurut George, Statement Devlin yakni "beberapa moralitas adalah penting bagi keberadaan semua masyarakat"⁸⁸, tidaklah diharapkan seperti yang ditafsirkan oleh Hart.

Yang benar adalah bahwa orang-orang akan tidak lagi membentuk suatu masyarakat, bukan karena fakta bahwa suatu masyarakat identik dengan moralitasnya tetapi disebabkan oleh apa "yang dibuat berharga" oleh masyarakat telah hilang. Seperti itulah, suatu pemahaman diri di antara anggota suatu masyarakat yang menuntun mereka untuk mengidentifikasi kepentingan dirinya dan kesejahteraannya dengan apa yang ada pada diri orang lain dengan siapa mereka hidup dan menyatu, pemahaman tsb telah hilang.

Perkataan Devlin bahwa masyarakat adalah "komunitas gagasan yang mempunyai suatu pondasi moral tertentu" sepertinya menjadi hal pokok terhadap semua yang mengikuti argumentasinya. Statementnya yang mengatakan bahwa yang masyarakat mempunyai hak untuk menegakkan moralitas dan karenanya itu dapat dibuat undang-undang, mengacu pada pendapat ini. Pandangannya bahwa kerusakan

⁸⁶ *Ibid*, hal. 68-69.

⁸⁷ H.L.A. Hart, *Loc. Cit.*

⁸⁸ Patrick Devlin, *Op. Cit.*, hal. 14

pondasi moral masyarakat bisa mengancam keberadaan masyarakat dan, oleh karena itu, integrasi masyarakat sebagaimana digantungkan atas moralitas bersama, juga didasarkan pada pendapat ini. Sungguhpun ia mengakui adanya bahwa usulan pengintegrasian bukanlah suatu kebenaran empiris, tetapi itu adalah sesuatu yang perlu dan bisa diterima, sebab, bagi dia, masyarakat adalah tubuh dari orang-orang yang menjaga pandangan moral secara bersama-sama.

Usulan Disintegrasi sosial yang diusulkan oleh Devlin mengingatkan kita untuk menguji fungsi moral dipandang dari sudut teori fungsional. Teori fungsional menganggap masyarakat sebagai "suatu keseimbangan yang berkelanjutan dari institusi sosial dimana pola aktivitas manusia dalam kaitan dengan norma-norma bersama, diadakan untuk dilegitimasi dan dibungkus oleh manusia itu sendiri".⁸⁹ Menurut definisi di atas, fungsi moral adalah sama dengan agama. Ini adalah salah satu beberapa tindakan institusi sosial yang bermakna untuk memelihara keseimbangan masyarakat. Oleh karena itu, moralitas yang terbentuk seharusnya "disakralisasikan" untuk memelihara kepentingan golongan (kelompok) di atas berbagai kepentingan individu. Semenjak tidak ada masyarakat telah ditandai tanpa adanya penyimpangan, maka harus diciptakan suatu alat tertentu demi menanggulangi penyimpangan perilaku itu.⁹⁰ Dalam kata-kata yang digunakan oleh Devlin, usaha untuk mengalahkan penyimpangan perilaku itu adalah sama

⁸⁹ Thomas F. O'Dea, *Sociology of Religion*, Prentice Hall, Englewood, 1983, hal. 2.

⁹⁰ *Ibid*, 14

sebagaimana usaha untuk memelihara moral yang sudah terbentuk dengan pembuatan undang-undang tentang itu.⁹¹

Sebab teori fungsional melihat moralitas yang sudah terbentuk adalah sebagai penjelmaan yang kehendak kolektif masyarakat, pemeliharaan masyarakat dengan pembuatan undang-undang moralitas adalah hak yang utama bagi masyarakat itu. Ketika dilihat dari segi pandangan ini, masyarakat adalah serupa dengan moralitasnya yang sudah terbentuk dan, oleh karena itu, kecabulan (*amoralitas*) yang bertentangan terhadap moral yang sudah terbentuk adalah suatu penyimpangan sosial. Seperti demikian itu, berdasarkan pada teori fungsional, Klaim Devlin dapat dipertimbangkan. Tetapi, seperti teori sosial agama lainnya, teori fungsional memelihara suatu sikap menjadi *value-free* (bebas nilai). Itu melulu diharapkan untuk memerinci fungsi dari institusi sosial yang ada dalam masyarakat dengan pemahaman perilaku mereka.⁹² Itu bukan dimaksudkan untuk membuat pertimbangan apapun tentang pengajaran kegamaan atau kesusilaan ataupun berniat untuk membuat pertimbangan apakah penyimpangan sosial itu baik atau jelek. Sungguhpun teori fungsional membenarkan usulan Devlin tentang kohesi sosial, itu tidak berarti bahwa perundangan moral yang diusulkan oleh Devlin adalah dapat juga dipertimbangkan dari suatu segi pandangan moral filosofis.

Dari pengembangan di atas, dapat dipahami bahwa kekurangan Perumusan Teori Devlin's tidak terletak pada argumentasi pendukungnya. Seperti

⁹¹ Patrick Devlin, *Loc. Cit.*

⁹² *Ibid.*, hal. 30.

dinyatakan di atas, dari perspektif teori fungsional, maka argumentasinya dapat dipertimbangkan. Devlin berusaha untuk menjelaskan bahwa suatu ikatan yang tak kelihatan yang direpresentasikan oleh norma-norma moral mempunyai arti penting dalam memelihara kohesi sosial dan menghindarkan disintegrasi sosial, di mana tidak ada hal lain kecuali harus memelihara alat tersebut oleh masing-masing anggota suatu masyarakat sebagai alat koordinir dan integrasi. Tetapi, argumentasi ini *value-neutral* (bebas nilai) dalam pengertian bahwa itu tidak bisa digunakan untuk mengevaluasi dan mengukur "nilai" integrasi sosial. Jika integrasi sosial diperlakukan sebagai hal baik, maka pertanyaannya adalah: bagaimana masyarakat yang sudah terintegrasi oleh nilai-nilai moral melegitimasi suatu tindakan manusia yang dicela oleh alasan dan pengalaman manusia? Sayangnya, Devlin melihat integrasi itu adalah hal baik sementara disintegrasi itu sendiri tidak baik. Jika disintegrasi sosial diperlakukan sebagai tidak baik, berarti Teori Devlin's juga mengakui bahwa perubahan sosial sebagai hal yang tidak baik juga. Bagaimanapun, itu tak dapat diterima sebab suatu perubahan sosial akan diperlakukan sebagai hal yang baik atau jelek tergantung pada bagaimana perubahan sosial itu diarahkan. Seperti itulah, Devlin menggunakan argumentasi sosiologis, dimana ia bebas nilai (*value-free*) secara alami, dalam membenarkan perundangan kesusilaan (*morality*). Dengan kata lain, ia telah menaruh suatu argumentasi yang benar pada tempat yang salah. Oleh karena itu Perundangan kesusilaan, mungkin dibenarkan dengan penggunaan prinsip *utilitarianism*.

Dalam konteks hukum Islam, mempertanyakan sejauhmana hubungan antara hukum dengan moral adalah sesungguhnya kurang relevan, sebab dalam format hukum Islam, hukum, agama dan moralitas adalah satu kesatuan yang tak dapat dipisahkan.⁹³ Syari'ah Islam datang dengan tujuan utama untuk memelihara dan menjaga nilai-nilai moral. Untuk tujuan ini ada banyak ketentuan dalam hukum Islam yang semata-mata untuk memelihara dan melindungi nilai-nilai moralitas. Diharamkannya perzinaan dengan ancaman hukuman yang sangat berat adalah sebuah contoh aturan dari hukum Islam yang sangat berkaitan dengan upaya penegakan nilai-nilai moral. Bagi hukum Islam (Syari'ah), perbuatan itu merupakan kejahatan yang sangat keji yang menggerogoti nilai-nilai moral.⁹⁴

Perlindungan moral dalam hukum Islam dapat ditemui juga pada kajian Ushul Fiqh (teori dan asas-asas hukum Islam) yang menetapkan prinsip-prinsip tujuan utama dari ditetapkannya Syari'ah, dikenal dengan *Dharur'iyah al-Khamsah* (perlindungan lima unsur kepentingan dasar manusia) yang meliputi *hifzh al-dien* (perlindungan terhadap agama/keyakinan), *hifzh al-irdh* (perlindungan terhadap kehormatan), *hifzh al-aql* (perlindungan terhadap pikiran), dan *hifzh al-mal* (perlindungan terhadap harta benda).⁹⁵ Ditetapkannya perlindungan terhadap kehormatan (*hifzh al-irdh*) sebagai salah satu tujuan utama dari penetapan hukum

⁹³ Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam*, Asy Syaamil, Bandung, 2000, hal. 78

⁹⁴ Abdul Qodir Audah, *Islamic System of Justice*, International Islamic Publishers, 1982, hal. 24.

⁹⁵ Abdul Wahab Khalaf, *Ilmu Ushul Fiqh*, Maktab al dakwah al Islamiyah shabbab al Azhar, Mesir, 1990, hal. 147, lihat pula, Al-Syathiby, *Al-Muwafaqat fi Ushul al-Ahkam*, Jilid I, Dar'al Fikr, tth., hal 4, dst.

Islam (Syari'ah) menunjukkan betapa besarnya dan merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan antara hubungan hukum Islam dengan moralitas, karena perlindungan terhadap kehormatan tidak lain merupakan perlindungan terhadap nilai-nilai moral.

Dalam Islam bahkan penegakan nilai-nilai moral (akhlak) itu menjadi misi utama kerasulan Muhammad SAW., sebagaimana sabdanya yang sangat terkenal "Tidaklah aku diutus, kecuali untuk memperbaiki akhlaq yang mulia".⁹⁶ Oleh karena itu dalam hukum Islam, hukum dan moral adalah satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan dan agama (Islam) merupakan sumber dari nilai-nilai moral yang harus dijunjung tinggi dan mendapatkan jaminan perlindungan dari hukum dan peraturan perundang-undangan.

Anderson seorang pakar hukum dari barat mengatakan bahwa sumber dan isi dari kewajiban-kewajiban moral dapat ditemukan didalam agama. Mereka yang meyakini adanya Tuhan secara alami menemukan kewajiban-kewajiban moralnya dari agama mereka karena meyakini bahwa pencipta mereka adalah yang dapat memenuhi tujuan-tujuan mereka, dan dapat mendatangkan pemenuhan yang lengkap bagi mereka melalui hidup di jalan yang diinginkan-Nya.⁹⁷

E. PERKEMBANGAN PENGATURAN DELIK KESUSILAAN

Delik kesusilaan adalah delik yang berhubungan dengan masalah kesusilaan. Definisi yang singkat dan sederhana itu apabila dikaji lebih lanjut untuk

⁹⁶ Ahmad bin Hambal, "*Musnad Ahmad bin Hambal, Hadits No. 8595*" dalam, *CD Room Mawsu'at al Hadits al Syarif*, Sahhr, Jeddah, 1995.

⁹⁷ Topo Santoso, *Op. Cit.*, hal. 80

mengetahui seberapa jauh ruang lingkungannya ternyata tidaklah mudah, karena pengertian dan batas-batas kesusilaan itu cukup luas dan dapat berbeda-beda sesuai dengan pandangan dan nilai-nilai yang berlaku di dalam masyarakat. Terlebih pada dasarnya setiap delik atau tindak pidana mengandung didalamnya pelanggaran terhadap nilai-nilai kesusilaan, bahkan dikatakan bahwa hukum itu sendiri pada hakekatnya merupakan nilai-nilai kesusilaan yang minimal (*das recht ist das ethische minimum*). Membunuh bayi, menelantarkan anak, mencuri, menipu, menggelapkan, membajak hak cipta orang lain, persaingan curang, korupsi dan sebagainya, pada hakekatnya melanggar atau bertentangan dengan nilai-nilai kesusilaan (etika)⁹⁸.

Dengan demikian, menurut Barda, sebenarnya tidaklah mudah menetapkan batas-batas atau ruang lingkup delik kesusilaan. Dalam lokakarya mengenai “Bab-bab Kodifikasi Hukum Pidana (Buku II)”, yang diselenggarakan oleh BPHN Departemen Kehakiman pada tanggal 23-25 April 1985 di Jakarta, masalah ini pernah dilontarkan dalam makalah Roeslan Saleh. Dalam makalah tersebut dikemukakan bahwa “pengertian kesusilaan hendaknya tidak dibatasi pada pengertian kesusilaan dalam bidang seksual, tetapi juga meliputi hal-hal lain yang termasuk dalam penguasaan norma-norma kepatutan bertingkah laku dalam pergaulan masyarakat”. Oleh karena itu Roeslan Saleh menyarankan agar dapat dimasukkan pula ke dalam bab mengenai tindak pidana terhadap kesusilaan yakni :

⁹⁸ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan, Op. Cit.*, hal. 291.

1. meninggalkan orang yang perlu ditolong
2. penghinaan
3. membuka rahasia

yang dalam KUHP ketiga jenis tindak pidana di atas diatur dalam bab-bab tersendiri.

Di samping itu Roeslan Saleh juga mengusulkan agar beberapa tindak pidana dikeluarkan dari bab mengenai tindak pidana terhadap kesusilaan yakni :

1. Menyalahgunakan alat-alat pencegahan kehamilan di luar hubungan perkawinan yang sah.
2. Kumpul kebo.
3. Menjual/memberi minuman memabukkan kepada orang yang sudah mabuk dan sebagainya.
4. Menyerahkan anak di bawah 12 tahun untuk melakukan pengemisian dan sebagainya
5. Menyakiti hewan atau tidak memberi makan hewan miliknya atau peliharaannya.⁹⁹

Delik kesusilaan pada umumnya menimbulkan kekhawatiran/kecemasan orang tua terhadap anak wanita (misalnya : perkosaan, perbuatan cabul) dapat pula mempengaruhi pertumbuhan ke arah kedewasaan seksual lebih dini. Delik ini paling banyak menimbulkan kesulitan dalam penyelesaiannya baik pada tahap penyidikan, penuntutan maupun pada tahap pengambilan keputusan. Selain kesulitan dalam

⁹⁹ *Ibid*, hal. 292-293.

batasan juga kesulitan dalam pembuktiannya, misalnya perkosaan atau perbuatan cabul yang pada umumnya dilakukan tanpa kehadiran orang lain.¹⁰⁰

Dalam KUHP delik kesusilaan diatur dalam Bab XIV Buku II yang masuk dalam kualifikasi jenis “kejahatan” dan pada Bab VI Buku III yang masuk dalam kualifikasi jenis “pelanggaran”. Yang termasuk kualifikasi “kejahatan kesusilaan” diatur dalam pasal 281 sampai dengan 303 KUHP yang meliputi perbuatan-perbuatan sebagai berikut :¹⁰¹

1. Pasal 281 : Tentang perbuatan yang merusak kesusilaan dimuka umum
2. Pasal 282-283 : Tentang pornografi
3. Pasal 284 : Tentang perzinahan (*adultery*)
4. Pasal 285 : Tentang perkosaan (*rape*)
5. Pasal 286 : Tentang pesetubuhan di luar nikah dengan wanita yang dalam keadaan pingsan
6. Pasal 287 : Tentang pesetubuhan di luar nikah dengan wanita yang belum dewasa
7. Pasal 288 : Tentang pesetubuhan dengan istri yang belum pantas dikawin dengan mengakibatkan luka-luka pada istrinya tersebut

¹⁰⁰ Leden Marpaung, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996, hal. 31.

¹⁰¹ Dapat dibaca pada Moeljatno, *KUHP, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, cet. Ke 17, Bumi Aksara, Jakarta, 1992, hal. 102-112.

8. Pasal 289 : Tentang perbuatan cabul dengan pemaksaan (dengan kekerasan atau ancaman kekerasan)
9. Pasal 290 : Tentang perbuatan cabul dengan orang pingsan, dengan orang yang belum berusia 15 tahun dan membujuk orang yang belum berusia 15 tahun untuk dicabuli
10. Pasal 292 : Tentang perbuatan cabul dengan orang yang belum dewasa yang berjenis kelamin sama
11. Pasal 293 : Tentang perbuatan menggerakkan orang belum dewasa untuk berbuat cabul dengan pemberian
12. Pasal 294 : Tentang perbuatan cabul dengan orang yang belum dewasa yang dilakukan oleh orang tua atau yang mempunyai hubungan kekuasaan
13. Pasal 295 : Tentang perbuatan memudahkan anak di bawah umur untuk berbuat cabul
14. Pasal 296 : Tentang perbuatan mengadakan/memudahkan perbuatan cabul sebagai mata pencaharian
15. Pasal 297 : Tentang memperdagangkan orang yang belum dewasa
16. Pasal 299 : Tentang perbuatan pengguguran kandungan
17. Pasal 300 : Tentang perbuatan yang berhubungan dengan minuman memabukkan

18. Pasal 301 : Tentang perbuatan menyerahkan anak untuk pekerjaan mengemis atau pekerjaan berbahaya
19. Pasal 302 : Tentang penganiayaan terhadap binatang
20. Pasal 303 dan 303 bis : Tentang perjudian.

Adapun yang termasuk kualifikasi “pelanggaran kesusilaan” diatur dalam pasal 532-547 KUHP yang meliputi perbuatan-perbuatan sebagai berikut :¹⁰²

1. Pasal 532-535 : Tentang perbuatan mengungkap/mempertunjukkan sesuatu yang bersifat porno
2. Pasal 536-539 : Tentang perbuatan yang berhubungan dengan mabuk dan minuman keras
3. Pasal 540, 541 dan 544 : Tentang perbuatan yang berhubungan dengan perlakuan tidak susila terhadap binatang
4. Pasal 545 : Tentang perbuatan meramal nasib/mimpi
5. Pasal 546 : Tentang perbuatan menjual dan sebagainya jima-jimat atau memberi ilmu kesaktian
6. Pasal 547 : Tentang perbuatan memakai jimat sebagai saksi di persidangan.

Menurut Barda dalam perkembangan penyusunan KUHP, tidak lagi dibedakan antara “kejahatan kesusilaan” dan “pelanggaran kesusilaan”. Konsep hanya mengelompokkan dalam satu bab dengan judul “Tindak Pidana terhadap

¹⁰² *Ibid.*, hal. 193-198.

Perbuatan Melanggar Kesusilaan” yang diatur dalam Bab XIV Buku II. Konsep Buku II ini semula disusun oleh Tim Basaroedin (dikenal sebagai Konsep 1977 atau lebih dikenal dengan *Konsep BAS*). Dalam konsep BAS ini, Bab XIV Buku II masih diberi judul yang sama dengan KUHP (WvS) yaitu “Kejahatan terhadap Kesusilaan”, karena memang masih berorientasi pada sistematika KUHP (WvS). Konsep inilah yang menjadi bahan utama penyusunan Konsep 1979 oleh Panitia ahli periode 1979/1980 sampai dengan periode 1981/1982 yang diketuai oleh Prof. Oemar Senoadji. Dalam periode 1982-1986 yang diketuai Prof. Sudarto, Konsep 1979 itu diedit kembali menjadi Konsep 1984/1985. Pada tanggal 23-25 April 1985 diadakan Lokakarya Buku II oleh BPHN di Jakarta yang antara lain juga membahas “*Tindak Pidana Kesusilaan*” yang makalahnya disusun oleh Prof. Roeslan Saleh. Dalam makalah ini, sumber acuan yang digunakan untuk membahas delik kesusilaan adalah konsep 1977/Konsep BAS yang isinya memang diambil oper dan dimasukkan ke dalam Konsep 1984/1985 (dimuat dalam laporan Tim RUU Hukum Pidana Jilid V). Dalam periode 1986/1987 yang diketuai oleh Prof. Roeslan Saleh, Konsep 1984/1985 diedit kembali menjadi Konsep 1986/1987 (dimuat dalam jilid VII Laporan Tim). Selanjutnya dalam periode 1987-1992 yang diketuai oleh B. Marjono Reksodiputro, SH., MA., Konsep 1989/1990 (termuat dalam Jilid XI Laporan Tim), Konsep 1991/1992 berdasarkan revisi sampai dengan Maret 1990 (termuat dalam Laporan Jilid XIV A), dan Konsep 1991/1992 berdasarkan revisi sampai dengan Desember 1992 (termuat dalam Laporan Jilid XVII). Dalam Konsep 1986/1987,

judul Bab XVI Buku II sudah diubah menjadi "*Tindak Pidana Terhadap Kesusilaan*", walaupun masih berorientasi pada "*Kejahatan-Kesusilaan*" dalam KUHP (WvS) dan Konsep BAS. Baru kemudian dalam Konsep 1989/1990 sampai dengan Konsep 1991/1992, dimasukkan pula delik "*Kesusilaan*" yang berasal dari "*pelanggaran kesusilaan*" di dalam Bab VI Buku III KUHP.¹⁰³

Sementara dalam Konsep KUHP yang terakhir, tahun 2004, tindak pidana terhadap kesusilaan memuat jenis tindak pidana "*pornografi dan porno aksi*" secara lebih lengkap dan rinci, dan adanya perluasan makna perzinahan yang bukan hanya dikenakan terhadap pelaku yang telah menikah, tetapi juga terhadap pelaku yang sama-sama masih lajang.¹⁰⁴

Untuk lebih jelasnya Barda menguraikan perkembangan jenis atau ruang lingkup delik kesusilaan dalam konsep sebagai berikut :

" 1. Konsep BAS (1977)

- Semua "*Kejahatan kesusilaan*" dari Buku II diambil alih;
- Ditambah delik baru mengenai : persetubuhan di luar nikah yang berakibat hamil dan tidak bersedia mengawininya (Pasal 301); penyalahgunaan alat-alat pencegah hamil di luar hubungan perkawinan yang sah (Pasal 302); kumpul kebo (Pasal 303); perbuatan cabul sesama kelamin (Pasal 310) dan *incest* (Pasal 313);

2. Konsep 1984/1985

- pada intinya sama dengan konsep BAS hanya dengan meniadakan Pasal 302 dan 303 BAS;

3. Konsep 1986/1987

- sama dengan konsep 1984/1985, hanya ada catatan bahwa delik yang semula berasal dari Pasal 301 KUHP (menyerahkan anak untuk pengemisan dan sebagainya) dan Pasal 302 KUHP

¹⁰³ Barda Nawasi Arief, *Op. Cit.*, hal. 295-296.

¹⁰⁴ Dapat dilihat pada Dirjen Peraturan Perundang-undangan Departemen Hukum dan Hak Azasi Manusia, *Konsep RUU KUHP*, tahun 2004, hal. 117-127.

penganiayaan hewan) disetujui untuk dihapus dan cukup diatur dalam Perda.

4. Konsep 1989/1990

- sama dengan Konsep 1986/1987 yang tidak memasukkan Pasal 301 dan 302 KUHP
- mulai ditambahkan delik kesusilaan yang berasal dari Buku III KUHP, khususnya : yang berhubungan dengan pornografi (Pasal 533, 534, 535), mabuk di jalan umum (Pasal 536), menjual minuman keras kepada anak di bawah 16 tahun (Pasal 538) dan menyabung ayam/jangkrik (Pasal 544).

5. Konsep 1991/1992 (sampai dengan Februari 1992)

- sama dengan Konsep 1989/1990, tetapi dengan memasukkan kembali Pasal 301 dan 302 KUHP yang semula ada pada Konsep BAS tetapi tidak dimasukkan dalam Konsep 1989/1990; memasukkan Pasal 532 dari Buku III KUHP; dan menambah pasal baru mengenai orang yang bergelandangan di tempat umum dengan tujuan melacurkan diri.

6. Konsep 1991/1992 (sampai dengan Desember 1992)

- sama dengan Konsep sub (e) di atas dengan memasukkan kembali Pasal 303 BAS (kumpul kebo); mengeluarkan masalah mabuk di jalan umum (berasal dari Pasal 536 ayat 1 KUHP) dan dimasukkan dalam Bab VII (tindak pidana yang membahayakan keamanan umum bagi barang dan orang); dan menghapus kembali delik yang berasal dari Pasal 544 KUHP (menyabung ayam/jangkrik).¹⁰⁵

Konsep KUHP yang terakhir (2004) memuat tindak pidana kesusilaan pada Bab XVI yang meliputi sebelas bab sebagai berikut :

1. Bagian kesatu tentang kesusilaan di muka umum (Pasal 468).
2. Bagian kedua tentang pornografi dan pornoaksi, dengan mengintroduksi jenis-jenis perbuatan yang masuk dalam delik pornografi dan pornoaksi secara rinci.

Adapun yang termasuk ke dalam delik pornografi meliputi :

¹⁰⁵ Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 297-298.

- a. Membuat tulisan, suara dan film yang bersifat porografis dengan jenis-jenis perbuatan yang terinci (Pasal 469);
- b. Menyiarkan, memperdengarkan, mempertontonkan atau menempelkan tulisan, suara, gambar-gambar film yang bersifat pornografis (Pasal 470);
- c. Menjadikan diri sendiri/orang lain sebagai model atau obyek pomografi (Pasal 471);
- d. Memaksa anak-anak menjadi model/obyek pomografi (Pasal 472);
- e. Membuat, menyebarkan dan menggunakan karya seni yang mengandung sifat pornografi (Pasal 473);
- f. Membeli barang pornografi dan/atau jasa pronografi tanpa alasan yang dibenarkan (Pasal 474);
- g. Menyediakan dana, tempat, peralatan dan/atau perlengkapan bagi orang lain untuk kegiatan pronografi (Pasal 475).

Adapun yang termasuk ke dalam delik pornoaksi meliputi :

- a. Mempertontonkan bagian tubuh tertentu dan perbuatan yang mengandung sifat porno (Pasal 476);
- b. Menyelenggarakan acara pertunjukan seks atau pesta seks (Pasal 477);
- c. Menonton pertunjukan seks atau pesta seks (Pasal 478);
- d. Menyediakan dana, tempat, peralatan dan/atau perlengkapan bagi orang lain untuk melakukan kegiatan pornoaksi (Pasal 479).

3. Bagian ketiga tentang mempertunjukkan pencegahan kehamilan dan pengguguran kandungan di luar kepentingan pelaksanaan KB dan pencegahan penyakit menular (Pasal 481-483).
4. Bagian keempat tentang zina dan perbuatan cabul dengan memperluas makna perzinaan dari yang telah diatur dalam KUHP (Pasal 484-488). Penjelasan lebih lanjut mengenai ini akan penulis uraikan pada bab berikutnya.
5. Bagian kelima tentang perkosaan dan perbuatan cabul (Pasal 489-496). Yang perlu dicatat di sini adalah adanya perluasan dari ruang lingkup delik perkosaan yakni :
 - a. Laki-laki yang memasukkan alat kelaminnya ke dalam anus (sodomi, pen.) atau mulut (*oral seks*) perempuan secara paksa.
 - b. Laki-laki yang memasukkan suatu benda yang bukan merupakan bagian tubuhnya ke dalam vagina atau anus perempuan secara paksa.
6. Bagian keenam tentang pengguguran kandungan (Pasal 499).
7. Bagian ketujuh tentang tindak pidana yang berkaitan dengan bahan yang memabukkan (Pasal 500).
8. Bagian kedelapan tentang pengemisan (Pasal 501).
9. Bagian kesembilan tentang penganiayaan terhadap hewan (Pasal 502).
10. Bagian kesepuluh tentang pidana tambahan (Pasal 505).¹⁰⁶

¹⁰⁶ Dapat dilihat dalam RUU KUHP tahun 2004, *Loc. Cit.*

Sementara usulan dari Roeslan Saleh tentang perlunya perbuatan meninggalkan orang yang perlu ditolong, penghinaan dan membuka rahasia dimasukkan ke dalam tindak pidana kesusilaan, dalam konsep 2004 diatur dalam bab XVII (Pasal 506-510) dan tindak pidana penghinaan diatur dalam bab XVIII (Pasal 511-521).

Sebagai bahan pembandingan, perlu kiranya kita melihat bagaimana delik kesusilaan itu diatur di beberapa negara asing. Perundang-undangan di Belanda dan di Perancis (*Code Penal Perancis*) sama-sama melakukan pembatasan yang ketat terhadap delik-delik kesusilaan. Tidak semua hal yang tercela menurut norma-norma susila dapat dikwalifisir begitu saja sebagai suatu tindak pidana. Undang-undang hanya dapat ikut campur dalam menciptakan delik-delik susila apabila perbuatan a susila itu "*aangerand*" atau "*openlijk beledigd*".¹⁰⁷

Sebagai contoh jika pada mulanya KUHP Belanda mengenal pasal-pasal yang sebanding dengan pasal 284 (*overspel*) dan pasal 292 (*homoseks terhadap orang yang belum dewasa*) dalam KUHP Indonesia, maka pasal-pasal tersebut (Pasal 241 dan 248 bis KUHP Belanda) telah dihapus oleh Undang-undang 6 Mei 1971, S. 291 (Pasal 241) dan Undang-undang 8 April 1971, S. 212.¹⁰⁸

Dimikian pula halnya, sikap para penyusun *Model Penal Code* di Amerika yang menghendaki supaya hukum pidana dikeluarkan dari "*area of private relation*". Mereka juga menghendaki agar perundang-undangan pidana tidak mempunyai sangkut paut dengan "*private immorality*", dengan "*private sexual*

¹⁰⁷ Oemar Seno Adji, *Op. Cit.*, hal 29.

¹⁰⁸ JM.van Bemmelen, *Hukum Pidana 3* (terjemahan), Binacipta, 1986, hal. 173-174.

relations", menolak "*adultery*" dan "*fornication*" sebagai suatu delik. Begitu pula halnya hubungan seksual secara private antara orang-orang dewasa tidak boleh dipandang sebagai suatu kejahatan, asal semua perbuatan itu tidak disertai kekerasan, tidak dilakukan terhadap anak-anak, orang yang tidak sehat jasmaninya dan orang lain yang mempunyai hubungan yang "*dependent*".¹⁰⁹

Di negara-negara sosialis, USSR misalnya, tidak begitu banyak disinggung delik-delik susila. Delik-delik kesusilaan tidak dicantumkan sebagai suatu bab tersendiri, tetapi dimasukkan (digabung) dengan delik-delik lain, seperti kejahatan terhadap jiwa, kesehatan, kebebasan dan martabat seseorang. Kurangnya perhatian terhadap delik-delik kesusilaan ini di latarbelakangi oleh konsep negara tersebut mengenai kejahatan. Dalam merumuskan kejahatan itu dijelaskan oleh "*Fundamental of Soviet Criminal Legislation*" pasal 7 yang menyatakan bahwa "suatu kejahatan adalah suatu perbuatan yang membahayakan masyarakat" dan yang ditujukan terhadap system Soviet atau terhadap hukum dan tertib sosial, dan perbuatan-perbuatan tersebut harus memenuhi unsur materiil.¹¹⁰

Untuk mengetahui lebih lanjut bagaimana pengaturan delik-delik kesusilaan, khususnya mengenai ruang lingkup delik kesusilaan di KUHP beberapa negara lain, Barda menguraikan sebagai berikut :

"1. KUHP JEPANG

Delik kesusilaan di Jepang diatur di dalam Bab XXII Buku II yang berjudul "*Crimes of Indecency, Rape and Bigamy*" (Pasal 174-184). Bab ini meliputi pengaturan tentang :

¹⁰⁹ Oemar Seno Adji, *Op. Cit.*, hal. 33-34.

¹¹⁰ *Ibid.*, hal. 37-39.

- a. pelanggaran kesusilaan di muka umum (*public indecency*);
- b. distribusi bacaan cabul dan sebagainya (*distribution of obscene literature etc.*);
- c. perbuatan tidak senonoh dengan paksaan (*indecency through compulsion*);
- d. perkosaan (*rape*);
- e. perbuatan sub (c) dan (d) di atas terhadap orang yang tidak sadar/tidak mampu melawan (*constructive compulsory indecency and rape*);
- f. mendorong/membujuk orang melakukan hubungan seks terlarang (*inducement to illicit intercourse*);
- g. melakukan "bigami".

Catatan :

- Sehubungan dengan adanya perbedaan pendapat, apakah delik abortus, meninggalkan/menelantarkan orang yang perlu pertolongan, penghinaan dan perjudian dimasukkan ke dalam delik kesusilaan atau tidak, patut dicatat bahwa di Jepang delik-delik tersebut diatur dalam bab-bab tersendiri, yaitu dalam Bab XXIX tentang "*Crimes of Abortion*", Bab XXX tentang "*Crimes of Abandonment*", Bab XXXIV tentang "*Crimes Against Reputation*" dan Bab XXIII tentang "*Crimes Concerning Gambling and Lotteries*".
- Hal yang menarik di Jepang ialah, bahwa delik perkosaan dan perbuatan tidak senonoh/cabul yang dilakukan dengan kekerasan merupakan delik aduan (Pasal 180 KUHP Jepang).
- Perkosaan ("*Rape*") di Jepang dibatasi hanya pada persetubuhan/hubungan seksual dengan kekerasan atau intimidasi (ancaman menakut-nakuti) terhadap wanita :
 - a. yang usianya tidak kurang dari 13 tahun atau di bawah 13 tahun (lihat Pasal 177); atau
 - b. yang kehilangan kesadaran atau tidak mampu melawan (*loss of consciousness or inability to resist*); lihat Pasal 178 KUHP Jepang.

Terhadap perkosaan ada ancaman pidana minimal 2 tahun penjara.

2. KUHP KOREA

Delik kesusilaan diatur dalam Bab 22 berjudul "*Crimes Against Morals*" (Pasal 241-245) yang meliputi pengaturan tentang :

- a. zinah (*adultery*);
- b. mucikari/calor untuk perbuatan mesum (*pandering*);

- c. distribusi gambar cabul dan sebagainya (*distribution of obscene pictures etc.*);
- d. pembuatan gambar cabul dan sebagainya (*manufacture of obscene picture etc.*);
- e. perbuatan tidak senonoh di muka umum (*public indecency*).

Di samping itu ada Bab 32 berjudul "*Crimes Concerning Chgstit.*," (Kejahatan yang berhubungan dengan kesucian), Pasal 297-306, yang meliputi :

- a. "*rape*" (Pasal 297) dengan pidana minimal 3 tahun penjara;
- b. "*indecent act by compulsion*" (Pasal 298);
- c. "*constructive rape*" dan "*constructive indecent act by means of compulsion*" yaitu perkosaan dan perbuatan tidak senonoh dengan sarana paksaan terhadap wanita yang tidak sadar atau tidak mampu untuk melawan ("*unconscious or inability to resist*"); Pasal 299;
- d. "*Death or injury resulting from rape*" (Pasal 301) dengan ancaman pidana minimal 5 tahun penjara;
- e. melakukan "*sexual intercourse*" atau "*indecent act*" dengan tipuan atau ancaman kekerasan terhadap anak di bawah umur atau orang yang lemah akal ("*a minor or feeble-minded person*"); Pasal 302;
- f. "*sexual intercourse by abuse of authority, etc.*" (Pasal 303);
- g. "*sexual intercourse under pretext of marriage*" (Pasal 304) yaitu memujuk wanita baik-baik untuk melakukan hubungan seksual dengan dalih untuk dikawin atau dengan cara-cara tipuan lainnya;
- h. "*sexual intercourse or an indecent act with a minor*" (Pasal 305), yaitu terhadap anak perempuan di bawah umur 13 tahun. Menurut Pasal 305 ini, si pelaku dapat dipidana berdasarkan Pasal "Perkosaan" (197), Pasal 298 atau Pasal 301.

Catatan :

- Seperti halnya dengan KUHP Jepang, di Korea pun ada bab tersendiri mengenai kejahatan "*Abortion*" (Bab 27), "*Abandonment*" (Bab 28), "*Reputation*" (Bab 33) dan mengenai "*Gambling and Lotteries*" (Bab 23).
- Memperhatikan isi Bab 32 di atas terlihat, bahwa semuanya berhubungan dengan perbuatan persetubuhan/hubungan seksual ("*sexual intercourse*") dan perbuatan cabul/tidak senonoh ("*indecent act*"). Tetapi tidak disebut dan tidak dimasukkan sebagai delik kesusilaan pada Bab 22 ("*Crimes Against Morals*").

- Sama halnya dengan di Jepang, di Korea pun delik perkosaan merupakan delik aduan (Pasal 306).

3. KUHP THAILAND

Dalam KUHP Thailand tidak ada bab yang berjudul "tindak pidana terhadap kesusilaan". Yang ada ialah bab mengenai "tindak pidana yang berhubungan dengan seksualitas" ("*Offences relating to sexuality*"), yaitu dalam Bab IX, Pasal 276-287. Dalam bab ini diatur perbuatan-perbuatan yang berhubungan dengan persetubuhan/hubungan seksual dan perbuatan cabul, termasuk yang berhubungan dengan usaha pelacuran dan distribusi barang-barang cabul.

Yang menarik dalam KUHP Thailand ini ialah, perbuatan yang dirumuskan sebagai delik tidak disebut "kualifikasi"nya sehingga tidak dijumpai misalnya istilah "perkosaan" dan sebagainya seperti yang biasa digunakan, dalam beberapa KUHP lain.

Dengan tidak adanya atau dihindarinya penggunaan istilah delik "kesusilaan", maka tampaknya tidak menjadi masalah di Thailand delik mana yang dikelompokkan ke dalam delik kesusilaan.

4. KUHP SINGAPORE DAN MALAYSIA

KUHP Singapore sama dengan KUHP Malaysia, oleh karena itu dibicarakan bersama. Dalam kedua KUHP ini, delik yang berhubungan dengan kesopanan dan kesusilaan dimasukkan sebagai bagian dari Bab XIV yang berjudul "*Offences Affecting The Public Health, Safety, Convenience, Decency and Morals*". Di dalam bab ini antara lain ada larangan mengenai :

- menjual buku-buku cabul dan sebagainya (*sale of obscene books etc.*), diatur dalam Pasal 292;
- menjual dan sebagainya barang-barang cabul kepada remaja (*sale etc. of obscene objects to young person*), Pasal 293;
- menyanyikan lagu-lagu cabul (*obscene songs*), Pasal 294.

Di samping itu di dalam Bab XVI tentang "*Offences Affecting The Human Body*", ada delik mengenai :

- a. menyebabkan keguguran (*causing miscarriage*), Pasal 312-314;
- b. mencegah kelahiran anak (*child destruction before birth*), Pasal 315;
- c. meninggalkan atau menelantarkan anak di bawah 12 tahun (*abandonment of a child under twelve years*), Pasal 317;
- d. menjual/membeli anak di bawah umur untuk pelacuran dan sebagainya (*selling/buying minor for purposes of prostitution etc.*), Pasal 372-373;

- e. perkosaan (*rape*), Pasal 375;
- f. *incest* (Pasal 376 A KUHP Singapore; di Malaysia tidak ada);
- g. perbuatan-perbuatan atau delik tidak wajar (*unnatural offences*), yaitu persetubuhan yang bertentangan dengan hukum alam ("*carnal intercourse against the order of nature*"), baik terhadap orang maupun binatang; Pasal 377;
- h. perbuatan yang sangat tidak senonoh sesama laki-laki (disebut juga "kebiadaban mengenai kesusilaan"/"*outrages on decency*"), Pasal 377A.

Selain itu di dalam Bab XX tentang "*Offences Relating To Marriage*", ada pasal yang mengancam pidana terhadap seorang laki-laki yang hidup bersama sebagai suami istri ("*cohabitation*") atau melakukan hubungan seksual dengan seorang wanita yang karena ditipu telah percaya bahwa ia (wanita itu) telah kawin secara tidak sah dengan laki-laki itu (Pasal 493).

5. KUHP POLANDIA

Delik kesusilaan diatur dalam Bab 23 dengan judul *Offences Against Decency* (Pasal 173-177), yaitu :

- a. mendisseminasikan tulisan, barang cetakan, foto atau barang-barang lain yang bersifat porno (Pasal 173);
- b. membujuk melakukan prostitusi atau mengambil keuntungan dari prostitusi (Pasal 174);
- c. hubungan seksual dalam hubungan keluarga atau dalam hubungan adopsi (Pasal 175);
- d. perbuatan menimbulkan nafsu birahi orang di bawah 15 tahun (Pasal 176);
- e. perbuatan tidak senonoh dengan orang di bawah 15 tahun (Pasal 177).

Hal yang menarik di Polandia ialah, bahwa perbuatan tidak senonoh/cabul terhadap orang yang tidak waras (Pasal 169) dan perbuatan tidak senonoh dengan menyalahgunakan hubungan kebergantungan (Pasal 170) serta pemerkosaan (Pasal 168) tidak termasuk dalam daftar delik kesusilaan di atas, tetapi termasuk dalam Bab 22 mengenai "*Offences Against Liberty*" (Tindak Pidana terhadap Kemerdekaan). Delik perkosaan diancam dengan pidana minimal 3 tahun perampasan kemerdekaan dan merupakan delik aduan.

6. KUHP NORWEGIA

Delik kesusilaan diatur dalam Bab 19 yang berjudul "*Offences against Public Morals*" (Pasal 191-214), meliputi antara lain :

- a. melakukan perbuatan-perbuatan yang berkaitan dengan hubungan tidak senonoh ("*indecent relations*"), antara lain :
 - mendorong/membujuk dengan ancaman (Pasal 191) atau dengan tipu muslihat (Pasal 200);
 - melakukannya dengan paksaan atau ancaman (disebut "rape"); Pasal 192;
 - dengan orang gila, tidak sadar atau tidak mampu melawan; Pasal 193;
 - dengan anak di bawah umur; di bawah kekuasaan/pengawasannya; Pasal 195-197;
 - dengan menyalahgunakan hubungan kebergantungan, jabatan/kedudukan atau hubungannya dengan korban; Pasal 198-199;
 - sesama laki-laki atau dengan binatang (Catatan : menurut Pasal 213 hanya dituntut apabila diperlukan untuk, kepentingan umum).
- b. melakukan hubungan seksual ("*sexual intercourse*") :
 - dengan kekerasan/paksaan atau ancaman (juga termasuk "rape", dengan pidana minimal 3 tahun penjara); Pasal 192;
 - dengan menipu/memperdayakan, dengan dalih untuk kawin; Pasal 194;
 - dengan keluarga garis lurus ke bawah/ke atas (*incest*); Pasal 207;
 - di antara garis keturunan ke atas/ke bawah; Pasal 208;
- c. menolak perkawinan tanpa alasan yang adil atau sengaja menimbulkan halangan untuk kawin dengan wanita yang telah bersedia dihamili (Pasal 210);
- d. yang berhubungan dengan tulisan, bacaan, gambar dan barang-barang cabul (Pasal 211);
- e. melanggar kesopanan dengan perbuatan atau kata-kata di muka umum dan sebagainya (Pasal 212);
- f. yang berhubungan dengan prostitusi, antara lain menyesatkan orang untuk mencari nafkah dengan prostitusi (Pasal 202); dan mencoba mencegah orang untuk mengakhiri kehidupannya dengan prostitusi (Pasal 203).

Catatan :

Beberapa hal menarik dari ketentuan KUHP Norwegia ialah :

1. Untuk dikatakan ada perkosaan ("*rape*") tidak perlu ada persetujuan ("*sexual intercourse*"); cukup apabila memaksa seseorang untuk melakukan hubungan tidak senonoh/perbuatan cabul ("*indecent relations*"). Dalam hal demikian ancaman pidananya berkisar antara 1-10 tahun penjara. Tetapi apabila

"*indecent relations*" itu berupa "*sexual intercourse*", maka pidananya diperberat yaitu dikenakan pidana minimal tidak kurang dari 3 tahun penjara (Pasal 192). Jadi adanya "*sexual intercourse*" bukan syarat untuk adanya perkosaan, tetapi hanya sebagai alasan/faktor pemberatan pidana. Apabila perkosaan berakibat luka-luka berat atau mati, minimal pidananya menjadi 4 tahun dan maksimumnya pidana penjara seumur hidup (dalam Konsep KUHP : minimalnya 5 tahun dan malaimumnya 15 tahun penjara).

2. Berbeda dengan di Korea, Jepang dan Polandia yang menyatakan. perkosaan sebagai delik aduan, di Norwegia sama dengan Indonesia yang menyatakan bukan sebagai delik aduan.
3. Dalam teknik merumuskan delik aduan ada hal yang menarik di Norwegia. Untuk. delik-delik tertentu (misalnya delik dalam Pasal 191 dan 200; lihat di atas), ada ketentuan yang berbunyi : "*Public prosecution shall be initiated only on request of the ictim, unless required in the public interest*".

Jadi, walaupun penuntutan bergantung pada pengaduan korban, namun dapat juga dilakukan penuntutan tanpa pengaduan apabila diperlukan untuk "kepentingan umum". Jadi relativitas pengaduan tidak semata-mata dibergantungkan pada kepentingan individu/ korban, tetapi juga pada kepentingan umum. Dengan kata lain, di sini ada keseimbangan.

7. KUHP YUGOSLAVIA

Delik kesusilaan terlihat di dalam Chapter XVI dengan judul "*Criminal Offences, against the Dignity of the Person and Morals*" (Pasal 179-189) yang jada intinya meliputi :

- a. perkosaan (*rape*), Pasal 179; mirip dengan perumusan Pasal 284 KUHP Indonesia, hanya saja ada ketentuan mengenai "*rape*" yang berakibat luka-luka berat atau mati, dengan ancaman pidana minimal 3 tahun;
- b. persetubuhan dengan orang yang tidak berdaya (*carnal knowledge with a helpless person*), Pasal 180;
- c. Persetubuhan dengan anak di bawah 14 tahun, dengan ketentuan apabila dilakukan terhadap anak yang tidak berdaya (*a helpless minor*) dengan kekerasan atau ancaman (seperti pada, "*rape*"), dikenakan pidana minimal 3 tahun penjara berat (*severe imprisonment*);
- d. persetubuhan dengan menyalahgunakan kedudukan, antara lain dalam hubungan subordinasi/kebergantungan, sebagai guru,

- pendidik, pembimbing, orang yang mengadopsi, ayah tiri (Pasal 182);
- e. perbuatan-perbuatan cabul (*Obscene acts*), Pasal 183;
 - f. pembujukan (*seduction*) terhadap wanita di bawah usia 14 tahun dengan janji palsu untuk kawin; delik ini merupakan delik aduan (Pasal 185);
 - g. persetubuhan tidak alami (*unnatural carnal copulation*), Pasal 186; jika dilakukan dengan kekerasan dan ancaman terhadap badan/nyawa (seperti "*rape*"), maksimal pidananya 10 tahun, dan apabila dilakukan sesama laki-laki (*homosex*) diancam 1 tahun penjara;
 - h. pembujuk dan perantara/calo untuk berbuat mesum (*procuring and pandering*), Pasal 187;
 - i. "*intermediation in the practice of prostitution*", yaitu berpartisipasi dengan jalan apapun untuk terjadinya prostitusi, Pasal 188;
 - j. "*production and distribution of pornographic writings*" (Pasal 189).

Catatan :

- Delik "*Bigamy*" (Pasal 190), "*Non-matrimonial Cohabitation with a Minor*" ("kumpul kebo" dengan anak berusia 14 tahun; Pasal 193) dan "*Incest*" (Pasal 198), tidak masuk dalam daftar Chapter 16 di atas, tetapi dimasukkan dalam Chapter 17 tentang "*Criminal Offences against Marriage and the Family*".
- "*Gambling*" (Pasal 305) juga tidak masuk dalam daftar delik kesusilaan, tetapi masuk Chapter 23 mengenai delik terhadap ketertiban umum (*Criminal offences against public order*).
- Menarik diperhatikan ketentuan "kumpul kebo" dalam KUHP Yugoslavia (Pasal 193) sebagai berikut :
 - (1) yang dipidana adalah kumpul kebo antara orang dewasa dengan anak yang telah mencapai usia 14 tahun; pidananya tidak kurang dari 3 bulan penjara.
 - (2) pidana yang sama juga dikenakan pada orang tua atau wali yang mengizinkan atau mendorong/membujuk anak di atas 14 tahun untuk kumpul kebo dengan orang lain.
 - (3) apabila ayat (2) dilakukan untuk keuntungan pribadi, maksimum pidananya 5 tahun penjara berat.
 - (4) apabila perkawinan berlangsung, penuntutan tidak dilakukan; dan apabila telah diadakan penuntutan, penuntutan itu tidak dilanjutkan."¹¹¹

¹¹¹ Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 307-316.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. KEBIJAKAN FORMULASI DELIK PERZINAAN DALAM KUHP DALAM PERSPEKTIF KEBIJAKAN KRIMINAL

Delik perzinaan dalam KUHP yang sekarang berlaku di Indonesia diatur dalam bab XIV tentang Kejahatan Terhadap Kesusilaan. Ketentuan yang secara khusus mengatur perzinaan ada dalam Pasal 284 yang berbunyi :

- “(1). “Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan;
- ke-1 a. seorang pria telah nikah yang melakukan zina, padahal diketahui, bahwa Pasal 27 BW berlaku baginya;
 - b. seorang wanita telah nikah yang melakukan zina;
 - ke-2 a. seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui, bahwa yang turut bersalah telah nikah;
 - b. seorang wanita tidak nikah yang turut serta melakukan perbuatan itu padahal diketahui olehnya, bahwa yang turut bersalah telah nikah dan Pasal 27 BW berlaku baginya;
- (2). Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas pengaduan suami/istri yang tercemar, dan bilamana bagi mereka berlaku Pasal 27 BW, dalam tempo tiga bulan diikuti dengan permintaan bercerai atau pisah meja dan tempat tidur, karena alasan itu juga.
- (3). Terhadap pengaduan ini tidak berlaku Pasal 72, 73 dan 75.
- (4). Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.
- (5). Jika bagi suami-istri berlaku Pasal 27 BW, pengaduan tidak diindahkan selama pernikahan belum diputuskan karena perceraian atau sebelum keputusan yang menyatakan pisah meja dan tempat tidur menjadi tetap.”¹

¹ Moeljatno, *KUHP: Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, cet. 21, PT. Bumi aksara, 2001, hal. 104-105

Jika Pasal 284 mengatur rumusan tentang delik perzinaan, KUHP juga memidanakan perbuatan hubungan seksual (persetubuhan) yang dilakukan terhadap wanita di bawah umur, baik dalam perkawinan (suami istri) maupun di luar perkawinan. Hal ini diatur dalam Pasal 287 dan Pasal 288 yang berbunyi :

Pasal 287, (1) Barangsiapa bersetubuh dengan seorang wanita di luar pernikahan, padahal diketahui atau sepatutnya harus diduga, bahwa umurnya belum lima belas tahun, atau kalau umurnya tidak ternyata, bahwa belum mampu dikawin, diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.

(2) Penuntutan hanya dilakukan atas aduan, kecuali jika umurnya wanita belum sampai dua belas tahun atau jika ada salah satu hal tersebut Pasal 291 dan Pasal 294.

Pasal 288, (1) Barangsiapa bersetubuh dengan seorang wanita di dalam pernikahan, yang diketahui atau sepatutnya harus diduga bahwa sebelum mampu dikawin, diancam, apabila perbuatan mengakibatkan luka-luka, dengan pidana penjara paling lama empat tahun.

(2) Jika perbuatan mengakibatkan luka-luka berat, dijatuhkan pidana penjara paling lama delapan tahun.

(3) Jika mengakibatkan mati dijatuhkan pidana penjara paling lama dua belas tahun.”²

Dari ketentuan Pasal 284 tentang perzinaan tersebut di atas dapat ditarik penjelasan sebagai berikut.

1. KUHP merumuskan bahwa hubungan seksual di luar pernikahan hanya merupakan suatu kejahatan (delik perzinaan), apabila para pelaku atau salah satu pelakunya adalah orang yang telah terikat dalam perkawinan dengan orang lain. Hubungan seksual di luar perkawinan, antara dua orang yang sama-sama lajang, sama sekali bukan merupakan tindak pidana perzinaan.

² *Ibid.*, hal. 105-106.

2. Dalam memberikan penjelasan terhadap Pasal ini R. Sugandhi mengemukakan bahwa menurut hukum baru dapat dikatakan terjadi “persetubuhan” apabila anggauta kelamin pria telah masuk ke dalam lubang kemaluan wanita sedemikian rupa, sehingga akhirnya mengeluarkan air mani.³
3. Ketentuan dalam Pasal 284 KUHP ini membedakan antara mereka yang tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata dengan mereka yang tidak tunduk pada Pasal tersebut. Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata menetapkan bahwa “dalam waktu yang sama seorang laki-laki hanya dibolehkan mempunyai satu orang perempuan sebagai istrinya, seorang perempuan hanya satu orang laki-laki sebagai suaminya.”⁴ Mereka yang tunduk pada Pasal ini baik laki-laki maupun perempuan, dilarang atau dianggap oleh hukum telah melakukan perzinahan apabila bersetubuh dengan orang lain, selain istri atau suaminya sendiri.

Ketentuan ini berbeda dengan orang laki-laki yang tidak tunduk pada Pasal 27, seperti orang-orang yang beragama Islam yang dalam hal-hal tertentu dapat beristri lebih dari satu orang.⁵ Artinya bagi mereka yang tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, maka jika kemudian dia melanggar Pasal 27 dengan melakukan poligami dan dia bersetubuh dengan istri poligaminya tersebut berarti dia telah melakukan delik perzinahan, sementara bagi mereka yang

³ R. Sugandhi, *KUHP dan Penjelasannya*, Usaha Nasional, Surabaya, 1981, hal. 300-301.

⁴ R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, cet. 25, Pradnya Paramita, Jakarta, 1992, hal. 7.

⁵ Lihat Pasal 3-5 UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan.

tidak tunduk pada Pasal 27 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, maka jika mereka melakukan poligami secara legal mereka secara hukum tidak dianggap melakukan perzinaan jika mereka melakukan persetubuhan dengan istri kedua, ketiga atau keempat.

4. KUHP menentukan bahwa yang dapat dijerat dengan Pasal perzinaan ini bukan hanya orang yang telah bersuami atau beristri saja, melainkan juga dikenakan kepada pasangan zinanya (turut berbuat zina) baik laki-laki maupun perempuan, meskipun yang turut berbuat zina statusnya masih lajang atau belum/tidak terikat oleh perkawinan, sepanjang laki-laki lajang ini mengetahui bahwa perempuan yang diajak bersetubuh itu sudah bersuami dan sepanjang perempuan yang lajang ini mengetahui bahwa laki-laki yang menyetubuhinya sudah beristri.
5. KUHP menetapkan bahwa delik perzinaan termasuk ke dalam salah satu delik aduan absolut. Artinya merkipun telah terjadi perzinaan sebagaimana pengertian rumusan Pasal 284 KUHP, pelakunya tidak dapat dituntut pidana apabila tidak ada pengaduan dari pihak suami atau istri yang dirugikan. Terhadap pengaduan ini tidak berlaku Pasal 72, 73, dan 75.

Pasal 72 dan 73 KUHP menentukan kemungkinan dalam hal-hal tertentu maka keluarga korban/wali dapat melakukan pengaduan untuk mewakili si korban. Pasal ini tidak berlaku terhadap ketentuan Pasal 284, karena dalam delik perzinaan KUHP menentukan sifat delik yang absolut di mana hanya suami/istrinya saja yang berhak melakukan pengaduan. Kemudian Pasal 75 KUHP menentukan batas waktu penarikan pengaduan selama tiga bulan sejak

dilakukannya pengaduan, Pasal ini pun tidak berlaku terhadap ketentuan Pasal 284, karena Pasal 284 memberikan pengaturan tersendiri bahwa pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai (Pasal 284 ayat 4 KUHP).

Oleh karena delik perzinaan dalam KUHP merupakan delik aduan (*Klacht delicten*) dan perihal sifat delik aduan absolut dari perzinaan ini menjadi masalah urgen dalam pembahasan tesis ini, maka perlu kiranya pembahasan lebih tuntas tentang delik aduan dalam KUHP. Delik aduan adalah tindak pidana yang hanya dapat dituntut apabila ada pengaduan dari orang dirugikan. Delik aduan ini sebagai lawan (kebalikan) dari apa yang disebut *gewone delicten*; yaitu tindak pidana yang dapat dituntut tanpa harus ada pengaduan dari orang-orang yang dirugikan.⁶

Delik-delik aduan seperti dimaksud di atas, misalnya Pasal 284 ayat (2) tentang delik aduan atas delik perzinaan, Pasal 287 ayat (2) tentang delik aduan atas perbuatan menyetubuhi wanita di bawah umur di luar perkawinan, Pasal 293 ayat (2) tentang delik aduan atas tindak pidana memujuk orang yang belum dewasa untuk berbuat cabul, Pasal 319 tentang delik aduan atas tindak pidana penghinaan, Pasal 320 ayat (2) tentang delik aduan atas pencemaran terhadap orang yang sudah mati, Pasal 321 ayat (3) tentang delik aduan atas tindak pidana menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan surat atau gambar yang isinya menghina atau mencemarkan orang yang sudah mati, Pasal 332 ayat (2) tentang delik aduan atas tindak pidana membawa lari seorang wanita yang bukan istrinya, Pasal 335 ayat (2)

⁶ Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Baru, Bandung, 1984, hal. 207

tentang delik aduan atas perbuatan memaksa orang lain untuk melakukan/tidak melakukan perbuatan yang bukan kehendaknya, Pasal 367 ayat (2) tentang delik aduan atas pencurian dalam kalangan keluarga, dan Pasal 369 ayat (2) tentang delik aduan atas tindak pidana pemerasan dengan ancaman pencemaran.

Selain delik-delik yang telah tersebut di atas merupakan *gewone delicten* atau delik-delik biasa yang dapat dituntut tanpa adanya suatu pengaduan.

Ada beberapa alasan dan pertimbangan kenapa para pembentuk undang-undang mensyaratkan adanya pengaduan bagi delik-delik tertentu. Menurut Von Liszt Berner dan von Swinderen, pentingnya lembaga pengaduan ini karena dipandang secara objektif pada beberapa delik tertentu itu kerugian material dan ideal dari orang yang secara langsung telah dirugikan harus lebih diutamakan dari pada kerugian-kerugian lain pada umumnya.⁷

Menurut Memorie van Toelichting, disyaratkannya suatu pengaduan pada beberapa delik tertentu itu adalah berdasarkan pertimbangan bahwa ikut campurnya penguasa di dalam suatu kasus tertentu itu mungkin akan mendatangkan kerugian yang lebih besar bagi kepentingan-kepentingan tertentu dari orang yang telah dirugikan dari pada kenyataan, yakni jika penguasa telah ikut campur dalam kasus tersebut, sehingga keputusan apakah seseorang yang telah merugikan itu perlu dituntut atau tidak oleh penguasa, hal tersebut diserahkan kepada pertimbangan orang yang telah merasa dirugikan.⁸

⁷ *Ibid.*, hal. 207-208.

⁸ *Ibid.*,

Jonkers juga memberikan alasan terhadap adanya lembaga pengaduan dalam delik tertentu itu dengan berargumentasi bahwa dalam beberapa hal kepentingan orang yang bersangkutan untuk tidak mengadakan tuntutan dalam suatu perkara lebih besar dari pada kepentingan negara untuk menuntut perkara itu.⁹ Dengan diberlakukannya delik pengaduan ini maka penuntutan terhadap suatu tindak pidana akan sangat tergantung dari orang yang dirugikan. Jika orang yang dirugikan tersebut mengajukan pengaduan maka timbullah hak penuntutan hukuman tersebut, tetapi tanpa adanya pengaduan dari orang yang dirugikan, maka meskipun telah terjadi tindak pidana, pelakunya tidak dapat dituntut secara hukum.

Adanya delik aduan tidak mengurangi berlakunya asas oportunitas, karena terhadap adanya pengaduan dari orang yang dirugikanpun penuntut umum dalam hal-hal dan karena alasan-alasan tertentu memiliki hak untuk tidak melakukan penuntutan.¹⁰

Asas oportunitas adalah asas/hak yang dimiliki oleh penuntut umum untuk mengesampingkan perkara, meskipun bukti-bukti telah cukup mengenai kesalahan terdakwa, apabila penuntut umum berpendapat bahwa akan lebih banyak kerugiannya bagi kepentingan umum dengan menuntut terdakwa tersebut dari pada mengesampingkannya (tidak menuntutnya). Barangkali faktor-faktor keamanan, ketertiban dan kemanfaatan dalam suatu kasus tertentu dipertimbangkan lebih besar

⁹ JE. Jonkers, *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda (terj.)*, Bina Aksara, Jakarta, hal. 246.

¹⁰ Nico Ngani, *Sinerama Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1984, hal. 26.

dari pada unsur keadilan, sehingga dalam kasus tersebut adalah lebih mendekati tujuan hukum kalau penuntutannya tidak dilakukan.¹¹

Sebaliknya penuntut umum, dalam kewenangannya sebagai pengusut masih berhak untuk melakukan pengusutan terhadap delik-delik yang dikualifikasi sebagai delik pengaduan, sekalipun yang berkepentingan tidak berinisiatif untuk mengadu, untuk mencegah hilangnya barang bukti.¹²

Delik aduan sebagaimana yang dianut oleh KUHP terdiri atas delik aduan absolut (mutlak) dan delik aduan relatif (nisbi).¹³

Delik aduan absolut adalah delik yang menurut sifatnya dalam keadaan apapun hanya dapat dituntut berdasarkan pengaduan. Tindakan pengaduan di sini diperlukan untuk menuntut “peristiwanya”, sehingga semua yang bersangkutan paut dengan itu harus dituntut. Dengan kata lain delik aduan absolut bersifat “*onsplitsbaar*” (tidak dapat dipecahkan), sehingga penuntutannya tidak hanya berlaku terhadap orang yang namanya disebut oleh pengadu, tetapi juga terhadap orang lain sebagai peserta kejahatan walaupun namanya tidak disebutkan dalam pengaduan. Misalnya seorang suami yang telah mengadukan kepada polisi tentang perbuatan zina yang telah dilakukan oleh seorang laki-laki dengan istrinya dengan permintaan agar laki-laki tersebut dituntut karena melanggar Pasal 284 KUHP. Oleh karena perbuatan tersebut merupakan delik aduan absolut, meskipun istrinya itu tidak disebutkan dalam

¹¹ Suryono Sutarto, *Hukum Acara Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1995, hal. 84.

¹² Nico Ngani, *Lic. Cit.*, dan dapat dibaca pula JE. Jonkers, *Loc. Cit.*

¹³ Sudarto, *Hukum Pidana I*, cet. 2, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hal. 59.

pengaduan, mungkin karena rasa sayangnya suami kepada istrinya, maka pengaduan yang dilakukan hanya kepada lelaki tersebut juga berlaku sebagai pengaduan terhadap istrinya yang telah melakukan perzinahan dengan laki-laki tersebut.¹⁴

Delik aduan absolut misalnya terdapat pada Pasal 284, 287, 293 KUHP (delik kesusilaan) Pasal 310 sampai dengan Pasal 319 KUHP (delik penghinaan), dan Pasal 322 KUHP (delik membuka rahasia).

Delik aduan relatif adalah delik dimana adanya suatu pengaduan itu hanyalah merupakan suatu syarat untuk dapat menuntut pelakunya bilamana antara orang yang bersalah dengan orang yang dirugikan memiliki hubungan yang bersifat khusus. Pengaduan ini dilakukan bukan untuk menuntut peristiwanya, tetapi hanya menuntut orang (pelakunya), sehingga delik aduan relatif bersifat "*splitsbaar*" (dapat dipecahkan). Terhadap delik aduan relatif ini, alat-alat negara hanya dapat melakukan penuntutan terhadap orang yang namanya telah disebutkan oleh si pengadu sebagai orang yang merugikan dirinya. Apabila dalam suatu delik aduan relatif itu terdapat peserta lain sebagai pelaku kejahatan, maka setiap pelaku peserta itu tidak dapat dituntut, jika nama-nama mereka tidak disebutkan atau tidak dikehendaki oleh pengadu di dalam pengaduannya.¹⁵

Contoh delik aduan relatif terdapat pada Pasal 367 KUHP tentang pencurian di kalangan keluarga, Pasal 376 KUHP tentang penggelapan dan Pasal 394 KUHP tentang penipuan.

¹⁴ Lamintang, *Op. Cit.*, hal. 209, juga dapat dibaca pula Nico Ngani, *Op. Cit.*, hal. 27.

¹⁵ Lihat Lamintang dan Nico Ngani, *Ibid.*

Menteri Kehakiman Belanda (Modderman) mengemukakan dua alasan yang merupakan dasar bagi ditetapkannya delik aduan relatif dalam *Wetboek van Strafrecht* Belanda yaitu :

1. *Alasan susila*, yaitu alasan untuk mencegah terjadinya hal yang memaksa menempatkan orang-orang yang mempunyai hubungan yang sangat intim (khusus) berhadapan muka di depan hakim.
2. *Alasan material (stoffelijk)*, yaitu de facto ada semacam condominium antara suami istri.¹⁶

R. Sugandhi¹⁷ dalam memberikan penjelasan terhadap Pasal 72, 73, 74, dan 75 KUHP menguraikan bagaimana delik aduan itu diajukan, siapa yang berhak mengajukan, berapa masa gugurnya pengaduan dan pencabutan pengaduan. Cara mengajukan pengaduan ditentukan oleh Pasal 45 Reglemen Indonesia yang diperbaharui yakni dengan cara tulisan (surat) maupun lisan. Bagi delik-delik aduan itu dalam Pasal atau babnya senantiasa menyebutkan siapa yang berhak mengajukan pengaduan, yakni orang yang kena peristiwa pidana. Bagi peristiwa-peristiwa terhadap harta benda seperti pencurian (Pasal 362), penggelapan (Pasal 372), penipuan (Pasal 378), dan sebagainya yang dianggap sebagai orang yang kena peristiwa pidana ialah para pemilik barang yang dicuri, digelapkan, ditipu dan sebagainya, sedangkan bagi peristiwa pidana lainnya mereka itu adalah orang-orang

¹⁶ Nico Ngani, *Ibid.*, hal. 28.

¹⁷ R. Sugandhi, *Op. Cit.*, hal. 90-93.

yang menjadi korban atau yang dipermalukan dalam peristiwa itu. Seperti dalam delik perzinahan yang berhak mengadukan suami/istri.

Apabila orang-orang itu belum cukup umur 16 tahun dan belum dewasa (belum berumur 21 tahun dan belum pernah kawin) atau di bawah pengampuan orang lain, maka yang berhak mengadu ialah wakilnya yang sah dalam perkara sipil. Wakil ini bagi orang-orang yang tunduk pada Kitab Undang-undang Hukum Perdata ialah bapaknya atau pengampunya, sedangkan bagi yang tidak tunduk pada Kitab Undang-undang Hukum Perdata ditentukan menurut hukum adat. Apabila wakil-wakil di atas tidak ada, atau dia sendiri yang harus diadukan, maka pengaduan boleh dilakukan oleh wali atau pengawas, pengampu atau majlis yang menjalankan kewajiban sebagai wali pengawas atau pengampu, istri, salah seorang keluarga sedarah dalam garis lurus atau bila tidak ada salah seorang keluarga sedarah dalam garis menyimpang sampai derajat ketiga.

Gugurnya masa pengaduan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 74 KUHP ialah 6 bulan bagi yang berhak mengadu apabila ia tinggal di dalam negeri dan 9 bulan apabila ia tinggal di luar negeri. Hari berlakunya masa pengaduan dihitung sejak diketahuinya peristiwa pidana itu, bukan sejak saat terjadinya peristiwa pidana. Pengaduan sesudah lewatnya masa ini tidak dapat dituntut.

Dalam tempo 3 bulan terhitung sejak orang yang berhak mengajukan pengaduan itu melakukan tuntutan, orang tersebut berhak mencabut pengaduannya. Apabila pengaduan itu dilakukan dengan lisan, penghitungan masa pengaduan dimulai sejak pengaduan itu diajukan. Apabila pengaduan itu dilakukan dengan surat,

maka masa pengaduan itu dihitung sejak tanggal surat pengaduan itu dan bukan tanggal diterimanya surat itu. Untuk delik perzinaan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 284 ayat (4), pengaduan itu senantiasa dapat dicabut kembali selama peristiwa itu belum selesai diperiksa oleh sidang pengadilan. Dalam prakteknya, sebelum sidang pemeriksaan dimulai, hakim masih menanyakan kepada pengadu sekali lagi apakah ia masih tetap pada pengaduannya. Bila masih tetap pada pengaduannya, barulah sidang pemeriksaan itu dimulai.

Delik perzinaan sebagaimana yang telah dirumuskan Pasal 284 KUHP, jika ditinjau dari perspektif kebijakan kriminal yang didalamnya juga termasuk pendekatan nilai, menimbulkan beberapa masalah sebagai berikut :

1. Tentang rumusan Delik.

Rumusan delik perzinaan dalam KUHP yang hanya memidana kepada para pelaku yang telah sama-sama atau salah satunya telah terikat oleh perkawinan, sehingga tidak mengkriminalisasi hubungan seksual di luar nikah jika dilakukan oleh laki-laki dan perempuan yang sama-sama lajang.

Jika ditinjau dari aspek pendekatan nilai (*value oriented approach*) adalah sangat tidak sesuai dengan nilai-nilai kesusilaan masyarakat Indonesia yang religius dan mayoritas memeluk agama Islam. Dalam agama Islam delik perzinaan dirumuskan sebagai hubungan seksual (persetubuhan) yang dilakukan antara pria dan wanita yang

tidak terikat oleh perkawinan yang sah yang dilakukan secara sengaja¹⁸ (sadar dengan kemauan sendiri, pen.).

Jadi menurut Islam, agama yang dianut oleh mayoritas masyarakat Indonesia, delik perzinahan rumusannya bukan hanya dilakukan oleh orang-orang yang sudah berkeluarga (terikat oleh perkawinan) saja, tetapi juga yang dilakukan oleh orang-orang yang sama-sama belum/tidak terikat perkawinan asalkan perbuatan tersebut dilakukan secara sengaja dengan kemauan sendiri dan pelakunya sudah mukallaf (dewasa). Meskipun Islam membedakan jenis hukuman terhadap pelaku yang sudah terikat perkawinan (pezina muhson) dengan pelaku yang masih lajang (pezina ghoiru muhson), tetapi pada prinsipnya Islam memandang hubungan seksual di luar pernikahan baik yang muhson maupun yang ghoiru muhson sebagai perbuatan yang sangat keji dan merupakan jalan yang sesat. Di dalam Al Qur'an surat Al Isra' ayat 32 Allah berfirman yang artinya, "Dan janganlah kamu mendekati zina, sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk."¹⁹ Larangan mendekati zina memberi arti bahwa jangankan berbuat zina, melakukan perbuatan apa saja yang biasanya menjadi pendahuluan atau bisa mengarah pada perzinahan adalah termasuk pada perbuatan yang melanggar kesusilaan.

Sesungguhnya bukan hanya Islam agama yang mencela dan memandang bahwa perzinahan dengan segala bentuk dan siapapun pelakunya, apakah ia telah

¹⁸ Abdul Aziz Dahlan (Ed), *Ensiklopedi Hukum Islam*, jld. 6, Ikhtiar Baru van Houve, Jakarta, 1996, hal 2026, lihat pula Abdurrahman bin Muhammad bin Sulaiman, *Majma'ul Anhur fi Syarhil MultaqalAbhur*, jld. I, Ulan Masydar, 1319, hal. 585, juga dapat di lihat dalam Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, jld. II, hal. 585.

¹⁹ Departemen Agama Republik Indonesia, *Al Qur'an dan Terjemahannya*, PT Kumudasmoro Grafindo, 1994, hal. 429

terikat oleh perkawinan maupun yang masih lajang, sebagai salah satu bentuk kejahatan yang sangat serius dan berat. Dua agama samawi yang lain pun, yakni Yahudi dan Nasrani (Kristen) memiliki sikap dan pandangan yang sama dengan Islam. Tentang hal ini sudah penulis uraikan pada pembahasan bab II di muka. Agama Yahudi dan Nasrani pun sama-sama memandang bahwa hubungan seksual di luar nikah baik yang dilakukan oleh pelaku yang sudah berkeluarga maupun yang sama-sama tidak berkeluarga adalah sama kejinya dan merupakan dosa yang sangat besar yang karenanya harus dihukum berat. Ketentuan dalam kitab suci mereka yang menunjukkan bahwa para gadis yang berzina pun harus mendapat hukuman terdapat dalam Kitab Ulangan 22: 20-21 yang berbunyi :

*"Tetapi jika tuduhan itu benar dan tidak didapati tanda-tanda keperawanan pada si gadis, maka haruslah si gadis dibawa ke luar ke depan pintu rumah ayahnya, dan orang-orang sekotanya haruslah melempari dia dengan batu, sehingga mati – sebab dia telah menodai orang Israel dengan bersundal di rumah ayahnya. Demikianlah harus kau hapuskan yang jahat itu dari tengah-tengahmu."*²⁰

Demikian pula jika seorang lelaki menzinai wanita yang telah dipinang, maka keduanya dirajam hingga mati. Disebutkan dalam ulangan 20: 23-24 *"Apabila ada seorang gadis yang masih perawan dan yang sudah bertunangan – jika seorang laki-laki bertemu dengan ia di kota dan tidur dengan dia, maka haruslah mereka*

²⁰ Al Kitab, Lembaga Al Kitab Indonesia, Jakarta, 1979, hal. 232.

keduanya kamu bawa ke luar ke pintu gerbang kota dan kamu lempari dengan batu sehingga mati... ”²¹

Agama Nasrani bahkan sebagaimana Islam, tidak hanya mengharamkan zina tetapi juga mengharamkan segala bentuk perbuatan yang dapat merangsang seseorang (mendekati) untuk berbuat zina. Dalam Injil Matius: 27-29 Yesus berkata *“kamu telah mendengar firman : jangan berzina. Tetapi aku berkata kepadamu : setiap orang yang memandang perempuan serta menginginkannya, sudah berzina dengan dia di dalam hatinya. Maka jika matamu yang kanan menyesatkan engkau, cungkillah dan buanglah itu, karena lebih baik bagimu jika satu dari anggota tubuhmu binasa, daripada tubuhmu dengan utuh dicampakkan ke dalam neraka.”²²*

Paulus menegaskan dalam suratnya yang pertama kepada jemaat Korintus agar tidak bergaul dengan orang yang berzina; *“Tetapi yang kutuliskan kepada kamu ialah, supaya kamu jangan bergaul dengan orang, yang sekalipun menyebut dirinya saudara, adalah orang cabul, kikir, penyembah berhala, pemfitnah, pemabuk atau penipu; dengan orang yang demikian janganlah kamu sekali-kali makan bersama-sama”.*²³

Perzinaan dalam masyarakat Indonesia, baik yang dilakukan oleh orang yang sudah terikat perkawinan maupun yang tidak merupakan penyakit sosial yang berbahaya.²⁴ Bahkan Kartini Kartono menyebut seks bebas (perzinaan) tidak ada

²¹ *Ibid.*,

²² *Ibid.*, hal. 6

²³ *Ibid.*, hal. 211

²⁴ Fadhel Ilahi, *Zina (terj.)*, Qisthi Press, Jakarta, 2004, hal. 7.

bedanya dengan pelacuran. Pada hakikatnya, dalam eksektivitas (sangat banyak) seks bebas itu sama dengan promiskuitas atau “campur aduk seksual tanpa aturan”, alias pelacuran.²⁵ Oleh karena itu perzinaan termasuk ke dalam masalah sosial yang cukup serius, karena melanggar kesopanan, merusak keturunan, menyebabkan penyakit kotor, menimbulkan persengketaan dan ketidakrukunan dalam keluarga, dan malapetaka lainnya.²⁶

Perzinaan juga dianggap sebagai masalah sosial, karena hampir semua masyarakat beradab berpendapat, bahwa perlu adanya regulasi atau pengaturan terhadap penyelenggaraan hubungan seks, dengan peraturan-peraturan tertentu. Sebab, dorongan seks itu begitu dahsyat dan besar pengaruhnya terhadap manusia, bagaikan nyala api yang berkobar. Api itu bisa bermanfaat bagi manusia, akan tetapi dapat juga menghancurkan peradaban manusiawi. Demikian pula seks itu, bisa membangun kepribadian; akan tetapi juga bisa menghancurkan sifat-sifat kemanusiaan. Hal ini dibuktikan oleh sejarah peradaban manusia sepanjang zaman.²⁷

Oleh karena itu rumusan delik perzinaan dalam KUHP menurut Harkristuti Harkrisnowo lebih mencerminkan nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat di Eropa barat ketika itu daripada nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat Indonesia.²⁸

²⁵ Kartini Kartono, *Patologi Sosial*, (cet. 8). PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hal. 197.

²⁶ *Ibid.*, hal. 181.

²⁷ *Ibid.*, hal. 196-197.

²⁸ Harkristuti Harkrisnowo, *Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, dalam Muhammad Amin Suma (Ed.), *Pidana Islam di Indonesia : Peluang, Prospek dan Tantangan*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 2001, hal. 181.

Dalam keluarga hukum Pidana Eropa Kontinental (*system of civil law*) ukuran agama (*religion standards*) tidak suka disebut-sebut oleh pembentuk undang-undang di Kontinen Eropa. Ini karena pengalaman masa lampau yang melahirkan doktrin *separation of state and church*. Ukuran agama, sebagaimana agama itu sendiri, adalah urusan pribadi dimana negara tidak mau campur tangan. Demikian pula halnya dengan standard moral kurang mendapat saluran dalam hukum pidana, karena pandangan hidup orang Eropa barat yang individualistis. Sepanjang tidak merugikan orang lain, campur tangan pihak lain, termasuk hukum pidana dianggap tidak patut. Pada umumnya, standard moral dan agama belaka tidak dapat diterima sebagai dasar untuk mengkualifikasikan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, melainkan harus ada unsur kerugian pada orang lain. Sikap ini membawa akibat yang jelas terlihat dalam delik agama dan delik kesusilaan.

Dalam delik agama, penghinaan terhadap Tuhan atau agama diancam pidana bukan karena ingin melindungi keagungan Tuhan dan agama itu sendiri, melainkan karena menyinggung perasaan orang lain yakni umat beragama. Demikian halnya dalam delik seksual, tekanannya terutama untuk melindungi pihak yang lemah, karena itu yang umum dijadikan delik hanya hubungan seksual dan perbuatan cabul yang dicapai dengan pemaksaan kekerasan, yang dilakukan terhadap orang di bawah umur, lemah pikiran, tidak berdaya serta perbuatan yang nyata-nyata dapat merusak moral

publik, sehingga homoseksual, zina dan incest sering diperdebatkan dengan kecenderungan untuk tidak menerimanya sebagai perbuatan yang dapat dipidana.²⁹

Di negeri Belanda misalnya, jika pada mulanya KUHP Belanda mengenal Pasal-Pasal yang sebanding dengan 284 (*overspel*) dan Pasal 292 (perbuatan homoseks terhadap orang yang belum dewasa) KUHP kita, maka Pasal-Pasal tersebut (Pasal 241 dan 248 bis KUHP Belanda) telah dihapus dengan undang-undang 6 Mei 1971, S. 291 (Pasal 241) dan undang-undang 8 April 1971, S. 212.³⁰

Hal yang serupa dianut pula oleh keluarga hukum pidana *Common Law*, seperti Inggris, Amerika Serikat, Canada, Australia, Selandia Baru, dan lain-lain. Di Inggris, penghormatan terhadap kebebasan individu membuat konsekwensi negara tidak banyak campur tangan terhadap masalah-masalah yang dianggap merupakan masalah pribadi yang tidak merugikan orang lain. Moralitas masyarakat (*social morality*) belaka atau ukuran agama belaka, tanpa adanya suatu akibat yang merugikan orang lain bukanlah dasar untuk mengkualifikasi suatu perbuatan sebagai tindak pidana. Pandangan ini secara jelas dalam *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution 1957*, yaitu laporan dari suatu komite (*Wolfenden Committee*) yang bertugas memberikan rekomendasi mengenai masalah homoseksual dan pelacuran. Menurut *Wolfenden Committee*, fungsi hukum pidana adalah untuk memelihara ketertiban publik, untuk melindungi warga dari apa yang merupakan serangan atau tindakan yang merugikan dan untuk memberikan penjagaan

²⁹ Frans Maramis, *Perbandingan Hukum Pidana*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1994, hal. 30-31.

³⁰ *Ibid.*,

yang cukup melawan pemerasan dan kebusukan orang lain, khususnya kepada mereka yang memiliki posisi/kondisi yang lemah, karena usia di bawah umur, fisik dan mental yang lemah, memiliki ketergantungan ekonomi dan jabatan tertentu.

Apabila masyarakat melakukan percobaan yang direncanakan melalui sarana hukum, untuk menyamakan lingkungan kejahatan dengan apa yang merupakan dosa, haruslah ada tersisa sejumlah moralitas dan immoralitas pribadi yang dengan kata-kata singkat dan tegas, bukanlah merupakan urusan hukum.³¹

Hal ini bukan berarti bahwa dalam kenyataannya hukum pidana Inggris sama sekali mengabaikan hal yang semata-mata dicela moralitas sosial tanpa adanya kerugian terhadap orang lain. Dalam beberapa hal moralitas sosial di Inggris juga mendapat perhatian dalam hukum pidananya, misalnya masalah *incest* dan *buggery*. Sebelum tahun 1908 bukan termasuk tindak pidana apabila seseorang menyetubuhi wanita dewasa yang diketahui adalah cucunya, anaknya, saudarinya atau ibunya. Namun dalam *Punishment of Incest Act 1908* hal ini kemudian dikriminalisasi sebagai tindak pidana. Hal ini diperkuat lagi dengan *Sexual Offences Act 1956* di mana Pasal 10 mengancam pidana terhadap laki-laki yang melakukan hubungan seksual dengan wanita yang diketahuinya adalah cucu, anak perempuan, saudari atau ibunya. Sementara Pasal 11 mengancam pidana wanita yang berusia 16 tahun dan seterusnya yang sukarela mengizinkan kakek, ayah, saudara atau anak laki-lakinya melakukan hubungan seks dengannya. Hubungan ini adalah baik sedarah (*whole blood*) maupun tiri (*half blood*) baik sah (*legitimate channels*) maupun tidak sah

³¹ *Ibid.*, hal 48-49.

(*illegitimate channels*). Kemudian Pasal 12 *Sexual Offences Act. 1956* menegaskan bahwa merupakan tindak pidana jika seseorang melakukan *buggery* dengan orang lain atau hewan. *Buggery* dirumuskan dalam *Common Law* sebagai hubungan seks antara seorang laki-laki dengan seorang wanita atau laki-laki lain per anum (sodomi, pen.) atau antara seorang laki-laki atau wanita dengan hewan per anum atau per vagina. Khusus mengenai *buggery* antara dua laki-laki mengalami perubahan oleh *Sexual Offences Act. 1967*, di mana pada Pasal 1 dikatakan bukan tindak pidana jika *buggery* dilakukan antara seorang laki-laki dengan laki-laki lain sepanjang perbuatan tersebut dilakukan "*in private*" kedua belah pihak sukarela dan keduanya telah berusia 21 tahun.³² Masalah hubungan seksual di luar nikah, sepanjang dilakukan secara sukarela, bukanlah merupakan tindak pidana.

Penghapusan zina sebagai delik (dekriminalisasi) di beberapa negara, seperti Belanda, Perancis, Inggris dan Amerika Serikat, oleh Leden Marpaung dianggap sebagai hal yang logis dengan alasan-alasan sebagai berikut:

- a. Perbuatan zina merupakan perbuatan tercela, tetapi jika tujuannya untuk melindungi perkawinan yang sah sehingga diberi sanksi pidana, maka hal tersebut tidak dapat dipertahankan karena rumusan hukum mewajibkan mereka untuk bercerai. kalau toh akan bercerai, akan menjadi sia-sia memberi pidana pada yang bersangkutan.
- b. Penegakan terhadap hak asasi manusia (HAM) telah berpengaruh luas, sehingga kesamaan hak untuk menikmati seks, dianggap milik setiap manusia yang telah

³² *Ibid.*, hal. 50.

dewasa. Kesamaan antara pria dan wanita, suami istri kini telah sejajar tanpa ada yang merasa lebih tinggi atau lebih berkuasa.

- c. Dengan perkembangan ilmu pengetahuan, maka masalah seks telah dianggap sebagai suatu kebutuhan orang dewasa. Menyadari akan hal ini, pasukan/tentara yang sedang berperang telah dibagikan kondom, narapidana yang sedang menjalani hukuman telah diberi kesempatan untuk berhubungan seksual.³³

Pendapat Leden Marpaung di atas memang logis dan cocok jika diterapkan dalam konteks KUHP negara-negara Eropa kontinental dan anglosaxon, tapi bukan dalam konteks KUHP Indonesia, sebab nilai-nilai budaya masyarakat kita memandang bahwa masalah perzinaan bukan semata masalah privat, tetapi juga telah menjadi masalah sosial, yang sangat berbahaya dan berdampak buruk bukan hanya bagi para pelakunya, tetapi juga bagi masyarakat secara luas.

Dalam masyarakat yang menjunjung tinggi nilai-nilai agama, seperti Indonesia, masalah agama dan moral menjadi bagian yang tak terpisahkan dalam aturan hukumnya, termasuk hukum pidana, sebab pada hakekatnya hukum bukan sesuatu yang sekedar untuk menjadi bahan pengkajian secara logis-rasional, hukum dibuat untuk dijalankan. Perwujudan tujuan, nilai-nilai ataupun ide-ide yang terkandung di dalam peraturan hukum merupakan suatu kegiatan yang tidak berdiri sendiri, tetapi mempunyai hubungan timbal balik yang erat dengan masyarakat. Oleh karena itulah dalam membicarakan masalah tersebut tidak dapat diabaikan struktur

³³ Leden Marpaung, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996, hal. 42-43.

masyarakat. Setiap struktur masyarakat memiliki ciri-ciri yang dapat memberikan hambatan-hambatan sehingga hukum sulit untuk dijalankan, dan di sisi lain memberikan dukungan berupa penyediaan sarana-sarana bagi kehidupan hukumnya. Hukum juga memberikan kesempatan kepada manusia untuk menentukan pola perilakunya sendiri didalam batas-batas hukum yang ada.³⁴ Struktur masyarakat dipengaruhi oleh berbagai faktor yang antara lain adalah karena pengaruh moral dan agama.

Dalam pembahasan yang lalu telah diuraikan, betapa eratnya kaitan antara agama, moral, dan hukum. Immanuel Kant adalah salah satu tokoh yang sangat memperhatikan relasi antara hukum dan moral. Menurutnya pembentukan hukum sebenarnya merupakan bagian dari tuntutan moral (*imperatif kategoris*) yang dialami manusia dalam hidupnya. Imperatif itu mengharuskan orang untuk mengatur hidup bersama sesuai dengan prinsip-prinsip moral dan karenanya dapat membentuk undang-undang yang adil.³⁵ Adapun sumber dan isi dari kewajiban-kewajiban moral menurut Anderson, pakar hukum barat, dapat ditentukan dari ajaran-ajaran agama. Mereka yang meyakini adanya Tuhan secara alami menemukan kewajiban-kewajiban moralnya dari agama mereka, karena meyakini bahwa pencipta mereka adalah yang dapat memenuhi tujuan-tujuan mereka, dan dapat mendatangkan pemenuhan yang lengkap bagi mereka melalui hidup di jalan yang diinginkannya.³⁶

³⁴ Esmi Warrasih, *Pemberdayaan Masyarakat dalam Mewujudkan Tujuan Hukum*, (Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum UNDIP, Badan Penerbit Undip, Semarang, 2001, hal. 9-10.

³⁵ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, hal. 67.

³⁶ Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam*, Asy Syamil, Bandung, 2000, hal. 80.

Oemar Seno Adji menekankan perlunya unsur agama sebagai sumber ilham dalam menentukan delik-delik susila. Di negara-negara di mana agama dinyatakan sebagai suatu factor pre-dominant, hubungan agama dengan hukum senantiasa terpaut. Unsur agama tersebut menurutnya tidak dapat dilenyapkan begitu saja dalam menilai norma-norma kesusilaan pada suatu peraturan pidana. Norma-norma agama, ke Tuhanan, yang berlaku dalam suatu jaman dan dalam suatu masyarakat sebagai regulator itulah yang justru dapat memberikan arah yang khas dalam menentukan adanya pelanggaran kesusilaan sebagai delik.³⁷

Pompe pernah mengetengahkan pendapatnya bahwa kesadaran hukum dari rakyat yang bersangkutan adalah sumber hukum, dan menurut Oemar Seno Adji kesadaran hukum masyarakat tersebut sangat dipengaruhi oleh sifat bangsa dan karakter nasional. Kesadaran hukum rakyat Indonesia, sifat bangsa dan karakter nasional kita menghendaki suatu peranan yang lebih besar dari agama, termasuk dalam tata kehidupan hukumnya. Adanya Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 kiranya tidak membenarkan suatu doktrin yang memisahkan agama dan negara yang strikt, dengan segala akibat hukum yang timbul karenanya.³⁸

Sila ketuhanan Yang Mahaesa dari Pancasila yang telah menjadi dasar bagi ketentuan Pasal 29 Undang-Undang Dasar 1945, telah melegitimasi bahwa kehidupan agama telah meresap dalam kalbu bangsa Indonesia. Rasa keagamaan ini sangat sensitif dan sangat mudah tergerak pada kesempatan-kesempatan tertentu dan

³⁷ Oemar Seno Adji, *Hukum (Acara) Pidana dalam Perspektif* (cet. 2), Erlangga, Jakarta, 1976, hal. 45-47.

³⁸ *Ibid.*, hal. 48

semuanya itu memberikan landasan yang kuat bagi unsur-unsur agama bagi tata hukum Indonesia, termasuk di dalamnya dalam delik-delik kesusilaan.³⁹

Untuk melihat hubungan antara agama dan negara yang pada gilirannya berpengaruh pada perkembangan hukumnya, termasuk pada politik hukum pidana, kita perlu memahami terlebih dahulu pandangan umat beragama itu sendiri mengenai hukum. Apabila ditinjau dari sudut ilmu Perbandingan Agama (*Comparative religious*), khususnya di antara tiga agama Semitis yakni Yahudi, Nasrani dan Islam, perbedaan pemahaman konseptual mengenai hukum dalam hubungannya dengan agama itu, nampak dengan jelas. Agama Yahudi terkenal menekankan ajaran yang bersifat sangat eksoteris dalam bentuk hukum-hukum yang pasti. Sebaliknya, agama Nasrani justru lebih menekankan aspek-aspek isoteris yang sarat dengan ajaran etika dan moral.⁴⁰ Kedua perbedaan ini, pada gilirannya melahirkan perbedaan watak umum dari para penganut kedua agama ini, yang tercermin dalam berbagai cerita mengenai perbedaan penampilan Nabi Musa yang gagah dan keras dengan Nabi Isa (Yesus) yang lembut, penyabar, dan baik hati. Bahkan perbedaan ini juga terlihat dalam kitab sucinya. Taurat penuh berisi ajaran hukum, sedangkan Injil (*Bibel*) pada pokoknya berisikan ajaran-ajaran moral dan etika.

Kedua perbedaan ini juga berpengaruh dalam hubungannya dengan perkembangan hukum di masing-masing masyarakat penganutnya. Kaum Yahudi terkenal berwatak keras dan kaku, karena pemikiran hukum mereka sangat berkaitan

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Syed Hasan Nasr, *Islam Antara Cita dan Fakta (terj.)*, Leppenas, Jakarta, 1981, hal. 16-17.

dengan sikap keberagamaan. Sedangkan pemeluk agama Nasrani sangat mengagungkan sifat-sifat kasih sayang dan kedamaian. Soal hukum tidak terlalu ditekankan. Karena itu, perkembangan pemikiran hukum mereka tidaklah sekuat tradisi agama Yahudi. Secara logis, hal ini kemudian menyebabkan pemikiran hukum dengan mudah dapat terlepas dari kerangka keagamaan, terutama sejak zaman Pencerahan (*Renaissance*) pada abad ke 17.

Sebaliknya Islam sebagai agama Semitis yang terakhir, menurut berbagai ahli Perbandingan Agama justru berisikan ajaran yang bersifat eksoteris maupun isoteris sekaligus Islam meliputi semua ciri agama-agama monoteis sebagaimana tercermin dalam agama yang diturunkan kepada nabi Ibrahim yang juga menjadi sumber historis dari ajaran Yahudi maupun Nasrani.⁴¹

Meskipun demikian, dalam hubungannya dengan konsep tentang hukum, pada pokoknya, ketiga agama Semitis itu sama-sama memandang hukum sebagai sesuatu yang diwahyukan dari atas (Tuhan). Ini merupakan perbedaan pokok antara konsep hukum Semitis dari konsep Yunani yang memandang bahwa hukum semata-mata merupakan hasil pemikiran manusia yang tidak ada sangkut pautnya dengan agama.

Dalam perjalanan sejarah, sumber hukum yang berasal dari agama ini sama-sama mengalami proses helenisasi (gelombang pengaruh Yunani), pemikiran hukum di kalangan masyarakat Nasrani di barat dan pemikiran hukum di kalangan masyarakat Islam mengalami pertumbuhan dan perkembangan yang berbeda.

⁴¹ *Ibid.*

Pengaruh helenisme di dunia Islam yang dimulai dengan gelombang pertama yang berlangsung antara sekitar tahun 750 hingga 950 Masehi (130-340 Hijrah) dan gelombang kedua antara tahun 950-1260 Masehi (340-660 Hijrah) tidaklah menyebabkan pemisahan antara hukum dengan agama.

Sedangkan dunia Nasrani di barat justru menghadapi permasalahan yang sedemikian rupa sehingga menyebabkan terjadinya pemisahan yang tegas antara hukum dengan agama. Pemisahan yang tegas itu kemudian menjadi gerakan sekularisasi yang luas terutama setelah renaissans. Hal ini terjadi karena sebelumnya, Paus sendiri (Glasius) pada abad ke 5 menyatakan bahwa dengan datangnya Isa al-Masikh, kekuasaan negara dan agama dipisahkan satu sama lain. Penegasan Paus Gelasius inilah yang dikenal dengan “Doktrin Dua Pedang atau Dua Kekuasaan”. Prinsip pemisahan ini ditegaskan dalam al-Kitab surat Matthius 22:21, yang menyatakan “... bayarlah kepada Kaisar apa yang Kaisar punya, dan kepada Allah barang yang Allah punya”.

Dengan datangnya gelombang helenisme yang mengagungkan akal manusia, maka gerakan pemisahan yang tegas antara agama dan hukum itu semakin memperoleh alasan yang memang telah didukung oleh dasar teologis yang kuat.⁴²

Berbagai doktrin dan pandangan yang berkaitan dengan relasi antara agama dan negara, pada prinsipnya dapat dibagi ke dalam dua pandangan yang berbeda :

⁴² Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia; Studi tentang Bentuk-bentuk Pidana dalam Tradisi Hukum Fiqh dan Relevansinya Bagi Usaha Pembaharuan KUHP Nasional*, Edisi 2, Angkasa, Bandung, 1996, hal. 30-31.

1. Dalam pandangan pertama yang melihat keduanya dalam satu kesatuan, hukum dipahami sebagai turunan norma dari ajaran agama. Karena, di dalam kitab suci seperti al-Qur'an sendiri, norma hukum itu secara konkret diatur.
2. Sedangkan dalam pandangan kedua, yaitu yang memisahkan antara agama dan hukum, hukum dan agama dianggap merupakan lapangan yang sama sekali berbeda, dan karenanya harus dipisahkan satu sama lain. Hukum bersifat horizontal, sedangkan agama bersifat vertikal.⁴³

Dalam sejarah, kedua pandangan ini tumbuh dan berkembang hingga sekarang di berbagai bagian dunia. Negeri barat dan berbagai negeri yang pernah dijajahnya, pada umumnya – disadari atau – mempunyai kecenderungan untuk memisahkan unsur agama dan falsafah hukum mereka masing-masing. Karena itu sebagai akibat dari proses kolonisasi yang lama oleh dunia barat, di dunia Islam sendiri berkembang tiga kecenderungan umum dalam merespons kebudayaan hukum barat itu, yang dapat dikelompokkan menjadi (i) kelompok yang ingin kembali ke hukum Islam (murni) berdasarkan al-Quran dan al-Sunnah, (ii) kelompok yang cenderung melakukan adaptasi dan kombinasi antara tradisi hukum Islam dengan unsur-unsur hukum barat, (iii) kelompok pragmatis yang cenderung menerapkan alam pikiran hukum barat semata dalam kerangka pemikiran hukum mereka. Gerakan Islamisasi sistem hukum dibeberapa negara seperti Moroko, Iran, Pakistan, dan lain-lain dapat dikategorikan sebagai mewakili kecenderungan yang pertama. Sedangkan negara-negara seperti Mesir dan beberapa negara Arab lainnya nampak lebih

⁴³ *Ibid.*, hal. 31

cenderung mengambil sikap kedua. Yang lainnya, seperti Turki dan Afganistan, seperti juga dengan berbagai komunitas Muslim dalam negeri-negeri non Muslim di seluruh dunia pada umumnya dapat dikategorikan sebagai mewakili kecenderungan ketiga, yaitu berada dalam kerangka hukum atau pemikiran hukum barat.

Pada umumnya, di negeri-negeri dan kategori ketiga, agama dipandang tidak lebih sebagai objek belaka dari pengaturan hukum pidana. Hal ini, sejalan dengan cara berpikir dalam sistem hukum barat yang melihat lembaga agama itu terpisah dari hukum seperti yang diuraikan di atas. Dalam sistem hukum pidana Belanda sendiri, satu-satunya ketentuan yang berkaitan dengan soal agama itu hanyalah ketentuan mengenai *Godslastering* yang muncul pertama kali pada tahun 1932 di dalam undang-undang yang terkenal sebagai *Les Donner* karena nama Menteri Donner yang memprakarsai undang-undang itu. Ketentuan yang sama juga terdapat dalam Pasal 166 *Strafgesetzbuch* Jerman yang pada dasarnya juga merupakan model bagi ketentuan di negeri Belanda di atas. Demikian pula di Inggris, juga terdapat ketentuan yang disebut *blasphemy* yang identik dengan *godslastering* di atas yang pengaturannya ditempatkan sebagai bagian dari ketentuan mengenai Kejahatan terhadap Ketertiban Umum. Dengan demikian paling jauh posisi agama dalam pemikiran hukum barat hanya diakui sejauh sebagai obyek hukum pidana semata.⁴⁴

Berbeda dengan itu, di Indonesia kedudukan agama itu dalam sistem hukum jauh lebih berarti mengingat banyak hal. Secara hipotesis, ini dapat dibuktikan dengan kenyataan bahwa meskipun sistem hukum di Indonesia sangat dipengaruhi

⁴⁴ *Ibid.*, hal. 32-33

oleh pemikiran hukum barat, tetapi falsafah hukum dan budaya hukum Indonesia menuntut watak hukum yang berbeda dari watak hukum barat. Bahkan, secara formil masalah kedudukan agama dalam pemikiran hukum pidana di Indonesia itu juga dapat ditelusuri pada kenyataan adanya Pancasila di mana sila ke-Tuhanan Yang Mahaesa merupakan "*prima causa*"nya, dan pada adanya tradisi pengundang-undangan di Indonesia dengan kata pembukaan undang-undang "Dengan Rahmat Tuhan Yang Maha Esa". Di samping itu, dalam setiap putusan Hakim terdapat pula kata pembuka yang berbunyi "Atas Dasar Keadilan Berdasarkan Ke-Tuhanan Yang Maha Esa".

Kesemua ini menunjukkan bahwa pandangan hukum bangsa Indonesia sebenarnya sangat religius. Apabila pernyataan-pernyataan itu didalami konteks dan maknanya, tidak ada yang dapat menyangkal bahwa pandangan hukum bangsa Indonesia secara ideal bertitik tolak dari pandangan akan pri-ke-Tuhanan Yang Maha Esa itu merupakan *prima causa* dari Pancasila.

Atas dasar itulah maka Garis-garis Besar Haluan Negara (GBHN) 1999 menentukan arah kebijakan dibidang hukum dengan Menata Sistem Hukum Nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial yang diskriminatif, termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaiannya dengan tujuan reformasi melalui program legislasi.⁴⁵

⁴⁵ GBHN '99, Bab IV A.2, Zahwa Putra, Solo, hal. 21.

Sebetulnya berbagai upaya baik seminar maupun penelitian yang dilakukan oleh pemerintah Indonesia dan para ahli hukum mengenai kemungkinan dikembangkannya berbagai usaha pembaharuan hukum pidana dari sumber keagamaan telah lama dilakukan. Menurut Barda Nawawi Arief, keinginan dan usaha untuk melakukan kajian/penggalian hukum yang hidup (yang bersumber dari nilai-nilai hukum agama dan hukum tradisional/adat) telah dikemukakan dalam berbagai forum ilmiah.

Keinginan itu menunjukkan kesadaran perlunya digali norma hukum yang bersumber dan berakar pada nilai-nilai budaya, moral dan agama. Di pihak lain, keinginan itu menunjukkan kecenderungan adanya ketidakpuasan, keprihatinan dan krisis kepercayaan terhadap sistem hukum dan kebijakan hukum yang selama ini ada. Kecenderungan demikian tampaknya juga menjadi kecenderungan kongres-kongres internasional dibidang hukum pidana dan kriminologi.⁴⁶

Forum-forum seminar baik nasional maupun internasional yang menghasilkan kesimpulan dan rekomendasi akan perlunya pengkajian dan penggalian hukum agama dan hukum adat dalam pembaharuan hukum pidana seperti yang dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief seperti tersebut di atas antara lain tertuang dalam :

1. Kesepakatan pertemuan ilmiah nasional (antara lain dalam Seminar Hukum Nasional I/1963; IV/1979; VI/1995; VIII/2003; dan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional 1980).

⁴⁶ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya, Bandung, 2003, hal. 45.

2. Kebijakan Legislatif Nasional (antara lain dalam UU No. 1 Drt. 1951 dan UU No. 14/1970 jo UU No. 35/1999, jo. UU No. 4 tahun 2004.
3. Laporan Kongres PBB mengenai "*The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*" (antara lain Kongres V/1975; Kongres VI/1980; Kongres VII/1985; Kongres VIII/1990).
4. Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII tahun 2003 di Kuta, Denpasar Bali, memberikan kesimpulan dan rekomendasi (saran pemecahan masalah) antara lain:
"Menjadikan ajaran agama sebagai sumber motivasi, sumber inspirasi dan sumber evaluasi yang kreatif dalam membangun insan hukum yang berakhlak mulia, sehingga wajib dikembangkan upaya-upaya konkrit dalam muatan kebijakan pembangunan hukum nasional yang dapat :
 - memperkuat landasan budaya keagamaan yang sudah berkembang dalam masyarakat
 - memfasilitasi perkembangan keberagaman dalam masyarakat dengan kemajuan bangsa
 - mencegah konflik sosial antar umat beragama dan meningkatkan antar umat beragama."⁴⁷

Berbagai kongres PBB yang diselenggarakan lima tahun sekali, seperti tersebut di atas, menurut Barda⁴⁸ sering dikemukakan bahwa sistem hukum pidana

⁴⁷ Barda Nawawi Arief, *Pokok-pokok Pemikiran (Ide Dasar) Asas-asas Hukum Pidana Nasional*, Makalah Pada Seminar Nasional "Asas-Asas Hukum Pidana Nasional", Kerjasama BPHN dan HAM dengan FH UNDIP, Semarang, 26-27 April 2004, hal. 4-7.

⁴⁸ Barda Nawawi Arief, *Loc. Cit.*

yang selama ini ada di beberapa negara (terutama yang berasal/diimpor dari hukum asing semasa zaman kolonial), pada umumnya bersifat "*obsolete and unjust*" (telah usang dan tidak adil) serta "*outmoded and unreal*" (sudah ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan kenyataan). Alasannya, karena sistem hukum pidana di beberapa negara yang berasal/diimpor dari hukum asing semasa zaman kolonial, tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada "*diskrepansi*" dengan aspirasi masyarakat, serta tidak responsif terhadap kebutuhan sosial masa kini. Kondisi demikian oleh Kongres PBB dinyatakan sebagai faktor kontribusi untuk terjadinya kejahatan ("*a contributing factor to the increase of crime*"). Bahkan, dinyatakan bahwa kebijakan pembangunan (termasuk di bidang hukum) yang mengabaikan nilai-nilai moral dan kultural, antara lain dengan masih diberlakukannya hukum asing warisan zaman kolonial, dapat menjadi faktor *kriminogen*. Bertolak dari kondisi demikian, kongres PBB mengimbau agar dilakukan "pemikiran kembali terhadap keseluruhan kebijakan kriminal" ("*to rethink the whole of criminal policy*"), termasuk di bidang kebijakan hukum pidana. Pemikiran dan peninjauan kembali kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana, berarti mengharuskan adanya "*reevaluasi, review, reorientasi, reformasi, dan reformulasi*" terhadap kebijakan hukum pidana yang berlaku saat ini. Ini berarti diperlukan upaya-upaya untuk melakukan "penggalian hukum", antara lain lewat kajian perbandingan/komparatif.

Hal yang menarik dari kecenderungan internasional di dalam melakukan upaya "pemikiran kembali" dan "penggalian hukum" dalam rangka memantapkan strategi penanggulangan kejahatan yang integral ialah imbauan untuk melakukan "pendekatan

yang berorientasi pada nilai" (*"value oriented approach"*), baik nilai-nilai kemanusiaan maupun nilai-nilai identitas budaya dan nilai-nilai moral keagamaan. Jadi, terlihat imbauan untuk melakukan "pendekatan humanis", "pendekatan kultural", dan "pendekatan religius" yang diintegrasikan ke dalam pendekatan rasional yang berorientasi pada kebijakan (*"policy oriented approach"*).

Imbauan untuk melakukan pendekatan kultural dan religius, menyebabkan pula adanya perhatian untuk "menoleh" dan "mengkaji" sistem hukum yang bersumber pada nilai-nilai hukum tradisional dan hukum agama. Misalnya dalam kongres internasional kriminologi ke-10 di Hamburg pernah ditampilkan makalah-makalah dari keluarga hukum tradisional dan hukum agama, yaitu dari Cina dan Arab Saudi. Pembicara dari Cina, Xiang Guo, menyajikan makalah berjudul *"The Present Violent Crime and Preventive Strategies in China"*. Pembicara dari Arab Saudi, M. Aref, menyajikan makalah, berjudul *"Criminality and Crime Prevention in Developing Countries"* yang di dalamnya antara lain mengemukakan tentang *"Islamic perspective for crime prevention"*, sedangkan pembicara lainnya, M. Zeid, menyajikan makalah berjudul *"Crisis of Penal Sanction in Contemporary Societies"* yang di dalamnya mengemukakan antara lain tentang *"Revitalization of Islamic Sanction in Islamic Societies"*.

Dengan mengemukakan hal-hal di atas ingin ditegaskan bahwa kajian perbandingan dari sudut hukum tradisional/adat dan hukum agama merupakan hal yang lazim dan bahkan sudah merupakan "tuntutan zaman". Khususnya bagi Indonesia, tentunya merupakan "beban nasional" dan bahkan merupakan "kewajiban dan tantangan

nasional", karena telah diamanatkan dan direkomendasikan dalam berbagai kebijakan perundang-undangan dan seminar-seminar nasional selama ini.

Di beberapa daerah di Indonesia bahkan beberapa tahun terakhir ini, terlihat adanya aspirasi untuk menegakkan hukum syariat, termasuk di dalamnya menyangkut persoalan hukum pidana yang berkaitan dengan delik kesusilaan, seperti perzinahan, pelacuran, pornografi dan lain-lain, yang tercermin dari maraknya wacana sikap, upaya legislasi hingga tindakan konkrit. Topo Santoso⁴⁹ berhasil merangkum informasi dari berbagai media masa tentang hal tersebut. Pada akhir Maret 2001, Indonesia digegerkan oleh peristiwa dijatuhkannya hukuman rajam terhadap pelaku pemerkosaan di daerah Ambon yang dilakukan oleh sebagian masyarakat Ambon yang dikabarkan telah mendeklarasikan syariat Islam. Peristiwa yang kemudian membawa ustadz Ja'far Umar Thalib sebagai tersangka ini pada gilirannya telah menimbulkan perdebatan yang amat tajam baik dari tinjauan hukum positif maupun hukum Islam, terutama menyangkut sah tidaknya tindakan rajam itu dalam konteks hukum Indonesia.

Di daerah Aceh juga terjadi peristiwa hampir serupa dengan dihukumnya pasangan pelaku zina, yakni Zulkarnaen dan Upik dari Blang Pidie dengan hukuman cambuk 100 kali, yang merupakan manifestasi hukuman *had* bagi pelaku zina yang belum menikah (*ghoiru muhsan/fornication*) dalam hukum pidana Islam.

⁴⁹ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam; Penegakan Syari'at dalam Wacana dan Agenda*, Gema Insani, Jakarta, 2003, hal. 103-105.

Aspirasi penegakan hukum pidana Islam juga bergulir di beberapa daerah lain. Di Sumatera Barat, daerah yang terkenal dengan semboyan “Adat basandi syarak, syarak basandi Kitabullah” inipun muncul keinginan kuat untuk melegislasi Perda yang bernuansakan religius (Islam). Salah satunya tercermin dalam Raperda (waktu itu) yang ditujukan untuk memberantas kemaksiatan di wilayah tersebut, yang dalam salah satu klausulnya Raperda tersebut melarang media massa mengekspos atau menyebarluaskan hal-hal yang berkaitan dengan kemaksiatan (pornografi).

Di daerah lain, Tasikmalaya telah dilahirkan Perda No. 1 tahun 2000 yang mengancam siapa saja yang menawarkan atau menyediakan diri, menyediakan tempat atau melindungi perbuatan yang tergolong pelacuran dengan ancaman denda maksimal lima juta rupiah serta kurungan paling lama tiga bulan. Aturan Perda ini adalah untuk menampung aspirasi umat Islam, karena KUHP hanya memidana orang yang karena pekerjaannya atau kebiasaannya dengan sengaja mengadakan atau memudahkan perbuatan cabul dengan orang lain, atau yang sering terkenal dengan sebutan “mucikari/germo” (Pasal 296 KUHP).

Di daerah yang subur dan sejuk di selatan Bogor, yaitu Cianjur, pada tanggal 26 Maret 2001, 36 ormas Islam dan LSM seCianjur menyampaikan pernyataan sikap berisi tuntutan penerapan syariat (hukum pidana) Islam di wilayahnya. Dikabarkan bahwa bupati daerah ini juga mendukung dengan pembentukan Lembaga Pengkajian dan Pengembangan Islam (LPPI) yang ditugaskan untuk mengkaji dan mempersiapkan pelaksanaan syariat Islam di Cianjur. Sebelumnya

di Cianjur sudah ada Perda yang melarang pelacuran, yaitu Perda No. 22 tahun 2000. Dengan ketentuan ini, orang yang melacurkan diri, memperdagangkan atau menyediakan fasilitas akan dikenai sanksi kurungan tiga bulan serta denda tiga juta rupiah.

Sementara itu di Sulawesi Selatan, tuntutan penerapan Syariat Islam pun muncul, dimotori oleh Komite Penegakan Syariat Islam (KPPPSI) Sulawesi Selatan. Komite ini yang telah memiliki perwakilan disemua daerah kabupaten/kota, mendesak DPRD untuk menindaklanjuti tuntutan penegakan Syariat Islam melalui otonomi khusus.

Di Propinsi Banten, dalam sebuah acara pelatihan para da'i se Propinsi Banten yang diselenggarakan pada tanggal 15-17 Juni 2001 dihasilkan beberapa rekomendasi, salah satunya adalah merekomendasikan pemberlakuan syariat Islam di Banten. Diharapkan juga agar segenap lapisan masyarakat, ormas, organisasi keagamaan, orpol dan instansi pemerintah ikut berpartisipasi aktif dalam proses dan upaya penerapannya.

Beberapa realitas sosial sebagaimana yang telah diilustrasikan di atas menunjukkan gambaran konkrit masih hidupnya aspirasi penegakan hukum pidana yang bersumber dari syari'ah Islam di beberapa wilayah di Indonesia dengan berbagai dimensi dalam rangka upaya penanggulangan kejahatan (kebijakan kriminal) bagian dari kebijakan sosial dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat.

Meski demikian, cakupan dan materi yang diperjuangkan itu berbeda-beda sesuai dengan faktor historis, yuridis, sosiologis, dan konfigurasi politik dimasing-masing

daerah. Aceh misalnya, sebagai daerah Istimewa memiliki cakupan yang lebih luas dibanding daerah lain dalam mengartikulasikan penerapan hukum Islam dalam proses legislasinya, sehingga kini tuntutan aspirasi untuk menegakkan syari'at Islam telah terwadahi dalam Undang-Undang No. 44 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh dan Undang-Undang No. 18 tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam, yang tidak hanya menegakkan syari'at Islam dalam wilayah hukum keluarga/waris saja, tetapi juga dalam lapangan hukum publik (pidana).⁵⁰

Semangat untuk menegakkan hukum pidana Islam yang telah digelorakan sebagaimana uraian di atas menunjukkan adanya kesadaran hukum masyarakat yang bersumber pada nilai-nilai moral keagamaan, khususnya Islam. Nilai-nilai sosial dan keagamaan masyarakat Indonesia ini telah memandang bahwa perzinahan dalam segala bentuknya, baik yang dilakukan oleh orang yang telah terikat perkawinan (*muhson/adultery*) maupun yang dilakukan oleh orang yang tidak terikat perkawinan (*ghoiru muhson/fornication*) adalah perbuatan yang sangat tercela dan merupakan kejahatan yang sangat serius dan berbahaya. Oleh karena itu rumusan Pasal 284 KUHP yang hanya memidana *adultery* dan itupun jika ada pengaduan dari pihak suami/istri, dan tidak memidana *fornication*, merupakan kebijakan yang tidak berorientasi pada pendekatan nilai, yakni nilai-nilai hukum yang hidup dalam

⁵⁰ *Ibid.*, hal. 105-106.

masyarakat, yang karenanya harus segera dilakukan reorientasi dan reformasi agar sesuai dengan falsafah dan nilai-nilai sosial-relegius masyarakat Indonesia.

Menurut Oemar Seno Adji, di beberapa negara bagian Amerika Serikat, di mana pengaruh agama masih “*voel baar*”, seperti di Arizona, Louisiana dan New Mexico memandang dan memperlakukan *fornication* sama halnya dengan *adultery*. Oleh karena itu keberatan beberapa pihak terhadap kriminalisasi *fornication* yang lebih ditekankan pada faktor “*efficient criminal justice*” dan “*technically too difficult*” adalah tidak tepat, dan jikapun demikian maka faktor-faktor yang menjadi alasan tersebut akan berlaku juga terhadap delik-delik kesusilaan yang lain, seperti *adultery* dan *abortion*, karena delik *adultery* dan *abortion* pun sangat sulit pembuktiannya.

Kriteria yang tepat untuk melakukan kriminalisasi terhadap *fornication* terletak bukan pada faktor sulitnya pelaksanaan teknis dalam peradilan pidana, melainkan pada faktor apakah *fornication* itu telah dipandang sebagai perbuatan yang merugikan dan sangat melukai perasaan moral keagamaan masyarakat yang bersangkutan.⁵¹

Tidak dipidanya *fornication* dalam ketentuan Pasal 284 KUHP telah mempengaruhi dan membuka peluang bagi kebebasan seksual di kalangan remaja khususnya. Berbagai hasil survei dan kajian yang sering diungkap diberbagai buku, mass media tentang meningkatnya gejala kebebasan seksual di kalangan remaja (anak-anak sekolah dan mahasiswa) adalah salah satu bukti lemahnya kebijakan KUHP dalam menanggulangi kejahatan di bidang seksual.

⁵¹ Oemar Seno Adji, *Op. Cit.*, hal. 49-50.

Kartini Kartono menyebut bahwa salah satu penyebab timbulnya kebebasan seksual dan pelacuran adalah karena tidak adanya hukum yang melarang relasi seks sebelum/di luar pernikahan dan tidak ada pula yang melarang aktifitas pelacuran. Hukum pidana hanya memidana praktek germo (Pasal 236 KUHP) dan mucikari (Pasal 506 KUHP).⁵²

Lemahnya kebijakan formulasi delik perzinaan dalam KUHP dalam perspektif kebijakan kriminal ini kemudian kondisinya diperparah dengan adanya globalisasi gaya hidup. Dengan didukung oleh kemajuan teknologi komunikasi, globalisasi ekonomi dan pola hubungan antara negara kaya yang cenderung menekan negara-negara miskin menyebabkan pengaruh budaya barat lebih dominan menjajah negara-negara berkembang, yang pada akhirnya tidak ketinggalan kebiasaan seks bebas yang menjadi budaya barat mempengaruhi juga budaya seks negara-negara berkembang, termasuk Indonesia.

Globalisasi gaya hidup ini merupakan gejala yang sulit diredam oleh banyak negara berkembang, sebab jangkauan siaran televisi atau akses internet kini sudah tidak lagi mengenal batas-batas negara. Di satu sisi kondisi ini membawa kemajuan dengan mudahnya akses komunikasi dan informasi, tapi pada sisi yang lain impor gaya hidup yang ditiru mentah-mentah yang disana sini sering menampilkan pornografi dan pornoaksi telah mempengaruhi budaya dan moralitas masyarakat, yang menyebabkan makin kaburnya batasan etika dan moral seks.

⁵² Kartini Kartono, *Patologi Sosial Jilid I*, cet. 1, PT. Raja Grafindo Persada, 2003, hal. 207

Di Indonesia, pengaruh kebebasan seksual ala barat ini dapat dilihat dari indikasi perilaku seks dikalangan remaja yang semakin longgar dari nilai-nilai moral dan agama.

Tahun 1976, Saparinah Sadli dan Zainul Biran menemukan data hasil survei, sebanyak 1,21-9,6% respondennya menyetujui hubungan kelamin pra nikah. Dua tahun kemudian tahun 1978, psikolog Sarlito mengadakan penelitian dimana 10% respondennya menjawab setuju terhadap hubungan seks pra nikah. Setelah tiga tahun, tahun 1981, penelitian yang diadakan TEMPO menemukan angka 17,02% respondennya setuju melakukan senggama pra nikah dan disimpulkan bahwa telah terjadi pergeseran norma-norma dikalangan remaja ke arah perilaku seks yang lebih bebas. Dan hasil survei tahun 1992, terdapat angka 47% siswa pelajar SLTA di Jawa Timur pernah berzina.⁵³

Melihat angka-angka hasil survei tersebut di atas, sangat jelas telah terjadi peningkatan budaya kebebasan seksual di kalangan remaja, yang pada gilirannya melahirkan individu-individu yang bermasalah. Kejahatan seksual, penyebaran penyakit kelamin, prostitusi, aborsi, rusaknya sendi-sendi keluarga adalah konsekwensi yang harus ditanggung dari meningkatnya gejala kebebasan seksual ini. Pada sisi yang lain bagi masyarakat yang masih memegang teguh nilai-nilai agama, moral dan kesusilaan, kebebasan seksual tadi tidak bisa diterima dan dianggapnya sebagai penghinaan terhadap nilai-nilai agama dan moralitas. Oleh karena perangkat

⁵³ Marzuki Umar Sa'abah, *Perilaku Seks Menyimpang dan Seksualitas Kontemporer Umat Islam*, UII Press, Yogyakarta, 2001, hal. 14.

hukum tidak dapat menanggulangi permasalahan ini, maka disana sini sering muncul reaksi masyarakat dengan tindakan main hakim sendiri yang menjurus anarkhis, akibat ketidakpercayaan masyarakat terhadap perangkat hukum yang tidak sesuai dengan nilai-nilai budaya dan religiusitas bangsa.

2. Tentang Delik Aduan Absolut

Delik perzinaan dalam KUHP merupakan delik aduan absolut, artinya delik perzinaan itu hanya bisa dituntut di muka hukum jika ada pengaduan dari suami/istri yang bersangkutan. Sifat dan kedudukan delik perzinaan sebagai delik aduan (apalagi aduan absolut) ini telah menimbulkan masalah dan sering dipertanyakan oleh berbagai pihak, sebagai kebijakan yang tidak bijaksana dan tidak berorientasi pada nilai-nilai yang hidup dalam struktur masyarakat Indonesia.

Oemar Seno Adji sejak lama mempermasalahkan sifat delik aduan absolut dari perzinaan. Dalam suatu masyarakat yang masih memegang teguh nilai-nilai agama dan kesusilaan (moral), delik perzinaan dipandang secara prinsip bertentangan dengan agama dan merupakan perbuatan yang melanggar janji hidmat dalam suatu perkawinan. Maka Oemar Seno Adji mempertanyakan apakah masih ada tempat bagi suatu pendapat yang hendak menjadikan delik perzinaan sebagai delik aduan dan menggantungkan penuntutan delik tersebut dari aduan orang-orang yang terkena⁵⁴ (suami/istri, pen.)

⁵⁴ Oemar Seno Adji, *Op. Cit.*, hal. 52-53.

Di negara-negara barat baik yang *civil law* maupun *common law*, hubungan seksual di luar pernikahan (*zina/adultery/fornication*) dianggap sebagai persoalan yang bersifat privat, bahkan dibeberapa negara perbuatan tersebut kecenderungannya tidak dianggap sebagai perbuatan yang dapat dipidana, sepanjang tidak ada unsur paksaan, tidak dilakukan terhadap orang di bawah umur, pihak yang lemah atau tidak berdaya.⁵⁵ Falsafah yang digunakan untuk menjustifikasi pandangan tersebut bermacam-macam, tetapi yang sering terdengar adalah; “biarkan hukum itu berhenti di depan kamar tidur, hukum hanya berhak mengatur urusan umum saja, seperti pencurian, penganiayaan, pembunuhan, dan lain-lain, sementara itu jangan biarkan ia mencampuri urusan pribadi seseorang dan mengekang hak-hak individu menikmati kehidupan pribadinya.”⁵⁶

Oleh karena budaya dan falsafah hidup mereka seperti tersebut di atas, maka sangat wajar jika di negara-negara barat delik perzinaan (*adultery*) formulasinya harus dikualifikasi sebagai delik aduan absolut, seperti halnya KUHP Indonesia sebagai produk hukum barat, dengan pertimbangan kepentingan orang-orang yang bersangkutan untuk tidak mengadakan tuntutan adalah lebih besar ketimbang kepentingan negara. untuk menuntut perkara itu. Oleh karena itu “orang dalam” yang merasa dirugikan (suami/istri) memiliki hak untuk menentukan apakah perkaranya akan dituntut secara hukum atau tidak.

⁵⁵ Frans Maramis, *Op. Cit.*, hal. 30-31.

⁵⁶ Topo Santoso, Menggagas ..., *Op. Cit.*, hal. 80.

Sebaliknya dalam masyarakat Indonesia, perzinahan (*adultery* dan *fornication*) bukan semata-mata masalah yang bersifat privat, tetapi sudah menjadi masalah sosial dan melanggar norma-norma agama dan moralitas publik, (mengenai hal ini sudah penulis uraikan pada bagian muka). Dari aspek kerugian, perzinahan ini juga memiliki dampak kerusakan negatif yang tidak kalah dengan kejahatan-kejahatan yang bersifat umum seperti pencurian, penggelapan dan lain-lain.

Kartini Kartono menegaskan bahwa perzinahan adalah perbuatan yang melanggar agama dan kesopanan, yang dapat mengakibatkan rusaknya keturunan, menyebabkan penyakit kotor, menimbulkan persengketaan, ketidakrukunan dalam rumah tangga dan berbagai malapetaka lainnya.⁵⁷

Sementara itu Fadhel Ilahi dalam sebuah bukunya "*At-Tadabir al Waqiyah Minaz Zina fil Fiqhil Islamy*" yang telah diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dengan judul "Zina", telah berhasil menghimpun berbagai data hasil penelitian di berbagai belahan dunia tentang dampak buruk dari perbuatan zina sebagai berikut :⁵⁸

a. Penyebab Utama Penyakit Kelamin.

Zina merupakan penyebab timbulnya penyakit kelamin. Data selama ini menunjukkan bahwa laki-laki dan perempuan yang mengidap penyakit berbahaya ini, adalah mereka yang sering melakukan hubungan seks dengan gonta-ganti pasangan (zina); dan ini dibenarkan oleh sejumlah pakar kedokteran Barat.

⁵⁷ Kartini Kartono, *Op. Cit.*, hal. 81.

⁵⁸ Uraian lebih lengkap mengenai hal ini dapat dibaca pada Fadhel Ilahi, *Op. Cit.*, hal. 42-61.

Menurut dr. Batchelor dan dr. Murrel, "Penyebaran penyakit Syphilis disebabkan oleh pola seks bebas. Dr. Jhon Beaton mengatakan, "Rangkuman hasil riset menunjukkan bahwa faktor hubungan seks di luar nikah menempati urutan teratas sebagai penyebab timbulnya penyakit kelamin. Sedangkan dr. Claude Scott Nicole mengatakan, "Permasalahan yang kita hadapi sekarang ini adalah pemutarbalikan nilai-nilai moral yang memicu hubungan seksual yang diharamkan (zina). Faktor inilah yang memicu semakin banyaknya jumlah penderita penyakit yang diakibatkan pola seks bebas.

Bukti konkrit tentang pengaruh zina terhadap merebaknya penyakit kelamin adalah bahwa penyakit ini banyak terdapat di negara-negara yang menganut pola seks bebas (*free sex*). Dalam ensiklopedi *Britannica* disebutkan bahwa di sejumlah rumah sakit di Amerika ada sekitar 200 ribu penderita Syphilis, dan 160 ribu penderita Gonorrhoea setiap tahunnya. Dan, telah didirikan 650 rumah sakit yang khusus merawat penderita penyakit kelamin ini, yang masih bisa bertambah seiring dengan hasil penelitian para dokter swasta yang menunjukkan bahwa mereka yang berobat kepada mereka 61% penderita Syphilis dan 89% penderita Gonorrhoea.

Penting untuk disebutkan di sini, walaupun fasilitas kedokteran semakin canggih, namun penyakit ini semakin merebak, dan prosentase penderitanya tidak mampu ditekan. Dalam panduan kerja konferensi internasional tentang penyakit Syphilis disebutkan, "Antara tahun 1956-1957 penderita Syphilis di Amerika berjumlah 7.600 orang, dan antara tahun 1960-1961 jumlah tersebut meningkat menjadi

20.800 orang. Sementara itu, penderita penyakit Gonorrhoea meningkat 1.000.000 orang setiap tahunnya.

Sementara di Inggris, jumlah penderita Gonorrhoea menurut Ampruz King berjumlah 17.536 orang pada tahun 1945, dan pada tahun 1962 menjadi 35.438 orang.

Dr. Celia S. Deschim berkomentar atas lonjakan angka penderita penyakit kelamin ini, "Saya tidak heran atas lonjakan besar jumlah penderita penyakit kelamin serta kelahiran anak-anak haram, karena ini semua merupakan konsekuensi logis dari realitas yang terjadi di masyarakat saat ini."

Para dokter menyatakan bahwa ada hubungan yang erat antara seks bebas (zina) dan penyakit kelamin. "Solusi paling efektif mencegah penyakit kelamin itu adalah menjauhi seks bebas secara total." Dr. R Wilcock mengatakan, "Meninggalkan zina secara total merupakan solusi efektif untuk mencegah terjangkitnya penyakit Syphilis.

Penyakit kelamin ini tidak hanya membahayakan pelaku zina saja, tetapi juga kepada keturunannya. Menurut dr. King dan dr. Nicole, "Benar, bahwa penyakit Syphilis itu mungkin diderita oleh tiga generasi berturut-turut dalam satu keluarga.

b. Melahirkan Banyak Anak Haram.

Dampak negatif dari seks bebas adalah anak haram yang tidak jelas statusnya. Dr. Celia. S. Deschim mengatakan, "Saya tidak heran atas lonjakan besar jumlah

penderita penyakit kelamin serta kelahiran anak-anak haram, karena ini semua merupakan konsekuensi logis dari realitas yang terjadi di masyarakat saat ini."

Hal ini dikuatkan oleh kenyataan masyarakat Barat yang membiarkan seks bebas. Dr. Pierre Guilmot mengatakan, "Di Swedia, perbandingan jumlah anak haram dan anak dari perkawinan sah, pada tahun 1972, adalah 1:4; demikian pula laki-laki dan perempuan yang tinggal serumah tanpa menikah, mereka juga melahirkan banyak anak. Dan jika kami gabungkan anak mereka dengan anak-anak haram tersebut, maka perbandingan itu akan berubah. Di Australia, perbandingannya juga 1:4." Di Perancis jumlah anak dari perkawinan sah (*en fant naturels*) dan di sejumlah kota Eropa, saat dua perang dunia berakhir, hanya 50% dari seluruh jumlah anak di sana.

Pada tahun 1901, di Perancis, digelar sebuah konferensi yang membahas solusi terbaik untuk menahan laju penyimpangan seksual. Salah satu hasilnya, bahwa jumlah anak buangan yang ditampung di sejumlah tempat-tempat penampungan di wilayah Seine saja berjumlah 50 ribu anak. Ini disebabkan oleh para pengasuh dengan anak perempuan asuhannya dan seks bebas di antara anak-anak temuan itu sendiri.

Di Inggris, dr. Oswald Schwarz menyatakan, "Berdasarkan data statistik, sekitar 80 ribu wanita di Inggris melahirkan anak haram setiap tahunnya. Artinya, 1/3 dari jumlah anak yang ada di Inggris adalah anak haram."

Anak-anak yang lahir di luar nikah banyak memunculkan problem tentang siapa yang harus mendidik mereka, siapa yang harus mengawasi, siapa harus yang

memberikan cinta yang merupakan hak asasi mereka, dan siapa yang harus memperhatikan dan membimbing mereka ke jalan yang lurus? Apakah harus seorang laki-laki yang setelah melampiaskan nafsu seksnya kemudian berpikir bagaimana mendapatkan wanita lain untuk melampiaskan birahinya, ataukah harus oleh seorang perempuan yang diperbudak oleh birahinya saja? Maraknya aborsi yang kita dengar dan baca di koran adalah petunjuk kuat bagaimana mereka harus mengenyahkan janin. Oleh karena itu pertanyaannya kemudian adalah, apakah masuk akal bahwa ibu seperti itu akan dapat mendidik anaknya yang tidak dikehendaknya, seperti layaknya seorang ibu mendidik buah hatinya sendiri? Yang pasti, pertama-tama yang dilakukan oleh perempuan seperti itu adalah bagaimana bisa terbebas dari anak. Mereka dapat mengaborsi janin yang dikandungnya atau menitipkannya di panti asuhan. Yang penting, ia bebas untuk melampiaskan birahinya. Lalu sejauh mana pengaruh panti asuhan terhadap kepribadian anak? Demikian penjelasan dr. Claude Scott Nicole, "Anak anak haram itu biasanya dididik di panti-panti asuhan atau di keluarga lain. Akibatnya, mereka akan tumbuh dengan keterbelakangan kepribadian dan kegoncangan jiwa."

c. Menyebabkan Kehancuran Rumah Tangga.

Bagi mereka, menikah tidak ada bedanya dengan berhubungan seks di luar nikah, dan persepsi seperti inilah yang menyebabkan tatanan rumah tangga itu runtuh. Bertrand Russel pernah mengatakan, "Hubungan cinta (perselingkuhan) di antara orang-orang yang sudah menikah dari kaum laki-laki dan perempuan di luar nikah

adalah penyebab utama terjadinya perkecokan suami isteri dan perceraian. Tidakkah sulit untuk mengumpulkan sejumlah contoh tentang rumah tangga yang runtuh akibat perselingkuhan suami atau isteri.”

Banyaknya tindak kejahatan adalah konsekuensi logis dari praktik seks bebas. Karena kebebasan seks melahirkan anak-anak haram, yang kehilangan cinta dan belaian kasih sayang sehingga mereka tumbuh dengan perasaan terbuang dan disingkirkan, lalu tumbuhlah di hatinya keinginan untuk menyakiti orang lain. Ketika sudah remaja muncullah kecenderungan untuk merampas kehormatan orang lain, mencuri dan membunuh.

Di samping itu, zina sendiri merupakan induk berbagai tindakan kriminal. Banyak kasus pencurian yang motifnya ingin mendapatkan uang dengan mudah untuk membayar pelacur yang dia inginkan. Banyak kasus pembunuhan hanya karena dilatarbelakangi ingin melampiaskan nafsu birahi saja. Oleh karena itu, jika zina dibolehkan, maka seorang laki-laki akan terus melakukan hubungan seksual dengan wanita yang menarik hatinya, baik wanita itu rela maupun tidak. Selanjutnya dia akan menggunakan berbagai cara untuk melampiaskan keinginannya tanpa memperhatikan undang-undang dan tatanan moral. Surat kabar tak henti-henrinya memberitakan kasus perkosaan wanita setiap harinya, belum lagi laporan-laporan dari berbagai pihak.

Sebuah laporan yang disebar oleh Kementerian Hukum Amerika tentang kasus kriminal yang terjadi sekitar tahun 1977 menyebutkan “Kasus perkosaan

wanita di Amerika Serikat terjadi setiap 8 menit sekali, dan pada tahun 1977 telah terjadi 63.022 kasus perkosaan.”

Data-data yang diungkapkan oleh Fadhel Ilahi di atas menjadi bukti betapa hina dan berbahaya delik perzinaan itu. Oleh karena itu perzinaan itu bukan semata masalah privat, karena pengaruh dan dampak buruknya tidak semata menimpa pelaku dan keluarganya, melainkan juga berdampak luas pada masyarakat dan negara. Dengan demikian menempatkan perzinaan sebagai delik aduan adalah sebuah kebijakan yang sangat keliru dan tidak sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.

Oleh karena itu Barda Nawawi Arief menyoroti secara tajam dan luas terhadap sifat delik aduan absolut dari delik perzinaan KUHP ini sebagai rumusan yang tidak berorientasi pada pendekatan kebijakan (*Policy oriented approach*) dan pendekatan nilai (*value oriented approach*). Selengkapnya sorotan Barda ini dapat penulis kutip sebagai berikut :

“Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan, penentuan sifat atau kedudukan suatu delik akan dipandang sebagai delik aduan atau bukan, tidaklah semata-mata harus dilihat dari sudut atau kriteria sejauhmana delik itu pada hakikatnya bersifat privat atau publik. Komentar yang selama ini di kemukakan terlalu berorientasi pada masalah ini. Malahan sering di kemukakan, baik dalam kepustakaan maupun kuliah para dosen kepada mahasiswa, bahwa suatu delik dijadikan delik aduan apabila sifat/kepentingan privatnya lebih menonjol. Padahal dilihat dari sudut kebijakan, masalahnya tidak sesederhana itu.

Penentuan suatu delik sebagai delik biasa atau delik aduan termasuk masalah kebijakan (*"policy"*). Dalam masalah kebijakan, terkait banyak faktor, pertimbangan dan alternatif yang harus dipilih. Jadi ada tidaknya sifat/kepentingan privat yang menonjol, hanya merupakan salah satu faktor dan bukan satu-satunya faktor yang harus dipertimbangkan.

Beberapa faktor lain yang patut dipertimbangkan, khususnya yang berkaitan dengan masalah delik perzinahan, dibicarakan berikut ini :

- (1) Penentuan sifat atau jenis delik sebagai delik aduan atau bukan berkaitan erat dengan sifat atau hakikat delik yang bersangkutan. Jadi dalam hal delik perzinahan masalah sentralnya bukan hanya berkisar pada masalah apakah perzinahan itu delik aduan atau bukan; tetapi masalah sentralnya harus lebih menitik pada sifat atau hakikat delik perzinahan itu sendiri. Delik perzinahan pada hakikatnya termasuk salah satu delik kesusilaan yang erat hubungannya dengan nilai-nilai kesucian dari lembaga perkawinan. Jadi masalah sentralnya terletak: pada pandangan dan konsep nilai dari masyarakat/warga masyarakat mengenai nilai-nilai kesusilaan dan nilai kesucian dari lembaga perkawinan itu sendiri. Pandangan, dan konsep nilai dari masyarakat yang lebih bersifat individualistik dan liberalistik, tentunya berbeda dengan pandangan masyarakat yang lebih bersifat kekeluargaan, kolektivistik dan monodualistik. Dalam pandangan "Barat" yang individualistik-liberalistik; hak-hak dan kebebasan individu sangat menonjol dan dijunjung tinggi, termasuk kebebasan di bidang seksual dan hubungan moral/kesusilaan antar individu. Sepanjang hubungan seksual atau hubungan moral bersifat individual, bebas tanpa paksaan, hal demikian dipandang wajar dan tidak tercela. Oleh karena itu wajar, perzinahan dan bahkan lembaga perkawinan itu sendiri dipandang bersifat sangat pribadi (sangat privat). Konsekuensi logis selanjutnya ialah, bahwa wajar perzinahan dipandang sebagai delik aduan. Titik tolak pandangan demikianlah kiranya yang melatarbelakangi konsep delik aduan menurut KUHP (WvS) yang termasuk keluarga/sistem hukum kontinental ("*Civil Law System*"). Menurut Rene David dalam bukunya "*Major Legal Systems in the World Today*", (1978, halaman 24), "*civil law system*" atau "*The RomanoGermanic family*" ini dipengaruhi oleh ajaran yang menonjolkan paham "*individualism, liberalism and individual rights*". Dilihat dari pendekatan kebijakan yang berorientasi pada nilai ("*value-oriented approach*"), titik tolak pandangan yang demikian dalam menentukan delik perzinahan sebagai delik aduan tentunya harus ditinjau dan dipertimbangkan kembali. Dalam melakukan reorientasi dan reevaluasi terhadap pandangan dan nilai-nilai yang melatar belakangnya inilah sebenarnya yang justru merupakan hakikat dari usaha pembaharuan atau "*reformasi*" hukum pidana. Bukanlah pembaharuan hukum pidana, apabila orientasi nilai dari Konsep KUHP baru sama saja dengan WvS. Oleh karena itu perubahan konsep mengenai delik aduan dalam masalah perzinahan harus dilihat dari sudut ini. Dalam

pandangan dan struktur sosial-budaya masyarakat Indonesia, masalah perzinahan dan lembaga perkawinan bukan semata-mata masalah privat dan kebebasan individual; tetapi terkait pula nilai-nilai dan kepentingan masyarakat luas, minimal kepentingan keluarga, kepentingan kaum dan kepentingan lingkungan. Hubungan perkawinan bukan semata-mata hubungan/perjanjian antara individu yang bersangkutan, tetapi juga terkait hubungan kekeluargaan dan kekerabatan kedua belah pihak. Proses perkawinan bukan semata-mata proses individual, tetapi juga proses kekeluargaan, kekerabatan dan bahkan lingkungan. Jadi tercemarnya kesucian lembaga perkawinan dengan adanya perzinahan, juga sebenarnya menyangkut kepentingan umum. Dengan demikian dilihat dari sudut kebijakan, apakah cukup bijaksana apabila delik perzinahan semata-mata dijadikan delik aduan. Terlebih apabila sudah ada korban di pihak wanita, misalnya terjadi kehamilan, sedangkan dari pihak istri si laki-laki yang menghamili itu tidak melakukan pengaduan. Sehubungan dengan masalah ini ada baiknya dikemukakan pendapat atau peringatan JONKERS dalam bukunya "*Handboek van het Nederlandsch-Indische Strafrecht*" yang telah diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia (tahun 1987, halaman 247) sebagai berikut :

"Dari beberapa pihak timbul keberatan terhadap penentuan delik-delik pengaduan, karena kepentingan perseorangan didahulukan daripada kepentingan umum dan karena merupakan kewajiban penguasa untuk mendahulukan yang terakhir ini

...

sebaik-baiknya jangan tergesa-gesa menentukan suatu peristiwa pidana sebagai delik pengaduan. Meskipun separti saya katakan delik-delik pengaduan dalam kitab undang-undang kita agak sedikit, saya meragukan apakah pembentuk undang-undang dalam hal ini cukup berhati-hati, terutama karena asas *opportuneit* merupakan salah satu corak yang pokok dari hukum acara pidana kita, yang memberi kebebasan pada badan penuntut umum apabila kepentingan pribadi dan kepentingan umum saling bertentangan, untuk membiarkan suatu perkara supaya tidak dituntut. Demikian "perzinahan" dan banyak delik-delik susila lain, yang dijadikan delik-delik pengaduan, merupakan hal-hal yang tidak hanya mengenai orang yang bersangkutan, tetapi juga merupakan hal yang penting bagi negara. Maka juga tidak mengherankan, apabila aliran-aliran baru dalam hukum pidana tidak begitu menyetujui lembaga ini.

Pernyataan dan peringatan Jonkers yang sudah hampir 50 tahun yang lalu itu, kiranya masih cukup relevan saat ini untuk dipertimbangkan oleh pembuat kebijakan.”

- (2) Telah dikemukakan di atas, bahwa penentuan suatu delik sebagai delik aduan atau bukan merupakan bagian dari suatu kebijakan ("*policy*"). Di dalam kebijakan, tidak ada yang bersifat absolut. Bisa saja suatu kebijakan berubah, bergantung pada situasi dan tujuan yang ingin dicapai. Memang pada hakikatnya, ditetapkan suatu delik sebagai delik aduan, atau bukan hanya merupakan suatu upaya/sarana atau suatu langkah kebijakan untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu.

Dilihat dari sudut politik kriminal, salah satu tujuan yang ingin dicapai lewat hukum pidana ialah pencegahan terjadinya tindak pidana, baik dalam arti pencegahan khusus (*speciale preventie*) maupun pencegahan umum (*generale preventie*). Dilihat dari sudut ini, kebijakan menetapkan delik perzinahan sebagai delik aduan absolut kurang mendukung tujuan pencegahan, terutama efek prevensi umum. Dengan dinyatakan sebagai delik aduan absolut, seolah-olah memberi peluang dan memberikan dasar pembenaran/legitimasi kepada seseorang (terutama suami) untuk merasa bebas melakukan perzinahan. Jadi kebijakan menetapkan delik perzinahan sebagai delik aduan absolut dapat menjadi "*faktor kriminogen*", yaitu memberi peluang untuk seseorang justru melakukan perzinahan. Terutama dalam kondisi masyarakat yang sebagian besar kedudukan/posisi para istri lebih lemah daripada suami; karena masih lebih banyak bergantung pada posisi suami. Dalam posisi yang lebih kuat, dapat saja suami "membungkam atau mengintimidasi" pihak istri untuk tidak mengajukan pengaduan atau tuntutan, sehingga dia merasa bebas untuk melakukan perzinahan. Terlebih budaya "*nerimo*" karena berbagai alasan dan pertimbangan, jarang pihak istri mengajukan pengaduan/tuntutan. Sebaliknya malah mungkin, karena sedikit kekhilafan dari pihak istri yang melakukan penyelewengan dengan berzinah (dan tidak mustahil penyebabnya justru datang dari pihak suami), sang suami justru segera berinisiatif mengajukan pengaduan; dan bahkan digunakan sebagai dalih untuk mengajukan perceraian. Jadi singkatnya, efek prevensi dari sifat delik aduan absolut sangat kurang dan bahkan dapat menjadi faktor kriminogen. Lain halnya apabila dijadikan delik biasa, bukan delik aduan, karena pengendalinya bukan hanya istri ("orang rumah") tetapi masyarakat luas.

- (3) Tujuan lain yang patut dipertimbangkan dari dilarangnya perzinahan adalah kesucian lembaga perkawinan dan pengaruh negatif lainnya dari perzinahan itu sendiri, antara lain mencegah hidup suburnya pelacuran yang dapat menjadi sumber, penyakit kotor dan penyakit yang membahayakan masyarakat (antara lain pe,nyakit AIDS).

Telah dikemukakan di atas, apabila perzinahan dijadikan delik aduan, peluang untuk terjadinya perzinahan lebih besar. Ini berarti memberi peluang lebih besar terjadinya pelanggaran terhadap kesucian perkawinan dan terjadinya hubungan seksual di luar hubungan perkawinan. Padahal "nilai kesusilaan/moral nasional" (NKN) yang ingin ditegakkan lewat Undang-undang Perkawinan adalah, bahwa hubungan seksual itu hendaknya dilakukan lewat lembaga perkawinan. Dengan perkataan lain, NKN tidak menghendaki adanya hubungan seksual yang liar di luar pernikahan. Pembangunan moral bangsa/moral nasional yang dituju adalah moral yang bertolak dari moral keagamaan, bukan yang bertolak dari paham "kebebasan moral".

Dengan memberi peluang adanya perzinahan, jelas hal ini akan menumbuhkan suburkan dunia pelacuran. Hubungan kausal antara korelasi antara keduanya sesuai dengan hukum ekonomi; semakin banyak permintaan/kebutuhan tentu semakin banyak penawaran. Semakin suburnya usaha pelacuran, berarti semakin besar peluang menyebarnya penyakit kotor yang membahayakan masyarakat. Memang banyak faktor yang dapat menyebarluaskan penyakit AIDS, namun sering pula dikemukakan bahwa penyebab utamanya adalah melakukan hubungan seks secara liar di luar pernikahan, khususnya lewat pelacuran. Memang menghadapi masalah sosial ini tidak semata-mata dapat diatasi dengan hukum pidana. Namun apabila upaya-upaya lain lewat pendidikan moral keagamaan, lewat usaha-usaha kesejahteraan sosial dan usaha kesehatan masyarakat lainnya belum juga memadai, maka dilihat dari sudut kebijakan sosial khususnya dari sudut kebijakan perlindungan masyarakat ("*social defence policy*") mungkin sudah saatnya memanggil dan mengefektifkan hukum pidana untuk menanggulangnya. Ini berarti kebijakan menetapkan delik perzinahan sebagai delik aduan, patut ditinjau kembali.

Terlalu sederhana untuk melihat perzinahan atau hubungan seksual suka sama suka, sebagai masalah yang sangat pribadi. Hubungan seksual atau perzinahannya memang bersifat pribadi, tetapi dampak moral, dampak psikologis dan dampak sosialnya yang negatif (antara lain menumbuhsuburkan pelacuran dan penyakit kelamin/penyakit

ktor) jelas bukan masalah pribadi lagi, tetapi sudah menyangkut kepentingan umum.

- (3) Dilihat dari pendekatan kebijakan, memang kepentingan individu patut juga diperhitungkan. Khususnya pihak keluarga (suami/istri/anak) yang sedang tertimpa skandal perzinahan. Namun mempertimbangkan kepentingan individu atau keluarga yang sedang terkena musibah inipun hendaknya dilakukan secara proporsional. Jangan terlalu berlebihan, terlalu didramatisasikan. Misalnya dengan menyatakan, bahwa kalau dijadikan delik biasa dan dapat begitu saja dituntut tanpa pengaduan, pihak istri/suami dan anak-anak akan malu. Ini terlalu didramatisir, karena delik apapun yang dilakukan (misalnya : penipuan, penggelapan, pemerkosaan, korupsi dan sebagainya yang semuanya menurut undang-undang bukan delik aduan) apabila yang bersangkutan diajukan ke pengadilan, tentu saja pihak keluarga (istri/suami/anak dan sebagainya) juga merasa malu dan terpukul. Tetapi kalau alasannya cukup proporsional, memang patut dipertimbangkan. Oleh karena itu, sekiranya memang ada alasan cukup kuat untuk melindungi kepentingan pribadi/keluarga, memang patut dipertimbangkan untuk dijadikan delik aduan relatif, bukan sebagai delik aduan absolut. Patut dicatat, bahwa relativitasnya bukan berarti bergantung kepada kepentingan individu yang bersangkutan (pihak suami/istri), tetapi hendaknya diorientasikan/dibergantungkan kepada kepentingan masyarakat. Kebijakan dalam merumuskan delik aduan relatif yang berorientasi pada kepentingan umum seperti terdapat dalam KUHP Norwegia (lihat uraian di atas) dapat kiranya dijadikan contoh. Jadi di sini tetap diperhatikan asas keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat. Hal ini pulalah yang kiranya sesuai dengan pendapat dan peringatan Jonkers di atas, bahwa hendaknya cukup berhati-hati dan jangan tergesa-gesa untuk menetapkan suatu delik sebagai delik aduan begitu saja”.⁵⁹

3. Tentang Sanksi Pidana

Ancaman hukuman bagi pezina dalam Pasal 284 KUHP adalah pidana penjara selama-lamanya 9 (sembilan) bulan. Perumusan ancaman pemidanaan seperti tersebut di atas dapat di tarik pemahaman bahwa :

⁵⁹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya, Bandung, 1996, hal. 317-324.

- a. Jenis pidana yang diancamkan terhadap delik perzinaan (sebagaimana juga terhadap delik-delik lain yang umum dianut oleh KUHP) memakai sistem perumusan pidana penjara secara tunggal.
- b. KUHP mengkualifikasi delik perzinaan ini sebagai delik yang memiliki bobot “sangat ringan”, sehingga hanya diancam pidana penjara maksimum 9 bulan.
- c. Sebagaimana terhadap delik-delik yang lain dalam KUHP, sanksi pidana (penjara) terhadap delik perzinaan tidak memakai pola minimum khusus.

Pola perumusan tentang sanksi pidana terhadap delik perzinaan seperti tersebut di atas menurut hemat penulis jika ditinjau dari tujuan pemidanaan akan menjadi kendala bagi upaya penanggulangan kejahatan (kebijakan kriminal), karena kurang dapat memberikan prevensi yang bersifat khusus kepada terpidana maupun yang bersifat umum kepada masyarakat.

Untuk mengetahui lebih jelas tentang tujuan pemidanaan, berikut ini secara singkat penulis jelaskan berbagai pandangan tentang tujuan pemidanaan tersebut, mengingat tujuan pemidanaan dalam sistem hukum pidana belum dirumuskan secara formal dalam undang-undang. Para ahli berbeda pendapat dalam menentukan tujuan pemidanaan. Berdasarkan kajian yang dilakukan oleh para ahli tersebut tersimpul adanya teori pemidanaan yang cenderung mengalami pergeseran paradigma, dan paradigma “pembalasan” ke arah paradigma “pembinaan”, maka muncullah teori absolut atau pembalasan, teori relatif atau tujuan dan teori

gabungan.⁶⁰ Teori pembalasan merumuskan bahwa tujuan pemidanaan semata-mata berorientasi pada balas dendam terhadap pelaku, sementara teori relatif (tujuan), pemidanaan bertujuan tidak untuk pembalasan, tetapi mempunyai tujuan untuk prevensi, baik yang bersifat umum maupun yang bersifat khusus. Adapun teori gabungan mengartikulasikan tujuan pemidanaan sekaligus, dengan tujuan pemidanaan yang bersifat plural, baik sebagai pembalasan maupun sebagai prevensi.

Selain ketiga teori tersebut di atas, Muladi mengemukakan teori “pemidanaan integratif (kemanusiaan dalam sistem Pancasila)”⁶¹ Menurut Muladi, tujuan pemidanaan adalah untuk memperbaiki kerusakan, baik individual maupun sosial yang disebabkan karena adanya tindak pidana. Konsepsi ini bertolak dari asumsi dasar bahwa tindak pidana merupakan gangguan terhadap keseimbangan yang mengakibatkan kerusakan individual dan sosial (*Individual and social damages*).

Berdasarkan teori tersebut, Muladi mengemukakan seperangkat tujuan yang bersifat integratif tersebut meliputi :

- a. Penegakan (baik umum maupun khusus)
- b. Perlindungan masyarakat
- c. Memelihara solidaritas masyarakat
- d. Pengimbalan/pengimbangan.⁶²

⁶⁰ Penjelasan selanjutnya dapat dilihat pada Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia* (cet. 2), Pradnya Paramita, Jakarta, 1993, hal. 26-33

⁶¹ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985, hal. 53

⁶² *Ibid.*, hal. 61

Sementara itu Konsep KUHP tahun 2004, pada Pasal 51 merumuskan tujuan pidana sebagai berikut :

- a. Mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat.
- b. Memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan beragama.
- c. Menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
- d. Membebaskan rasa bersalah pada terpidana.⁶³

Dari berbagai pandangan tentang tujuan pidana tersebut di atas, Barda Nawawi Arief menyimpulkan bahwa tujuan pidana mengandung dua aspek pokok yaitu :

- a. Aspek perlindungan masyarakat yang pada intinya meliputi tujuan mencegah, mengurangi atau mengendalikan tindak pidana dan memulihkan keseimbangan masyarakat.
- b. Aspek perlindungan terhadap individu, yang pada intinya meliputi tujuan untuk melakukan rehabilitasi dan memasyarakatkan kembali pelaku tindak pidana agar taat dan patuh pada hukum. Aspek perlindungan individu ini sering disebut sebagai aspek individualisasi pidana.⁶⁴

⁶³ Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-undangan Dep. Kum dan HAM, *Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, 2004, hal. 13

⁶⁴ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1996, hal. 93-94

Rumusan sanksi pidana terhadap delik perzinaan dalam KUHP seperti telah tersebut di muka tidak dapat memenuhi tujuan pemidanaan dengan pertimbangan-pertimbangan sebagai berikut :

Pertama, perumusan sanksi pidana penjara secara tunggal kecenderungannya saat ini dihindari sebisa mungkin, dan walaupun akan tetap digunakan harus bersifat selektif dan limitatif.

Kelemahan yang utama dari sistem perumusan tunggal menurut Barda Nawawi Arief⁶⁵ adalah sifatnya yang sangat kaku, absolut dan imperatif, sehingga tidak memberi kesempatan kepada hakim untuk menentukan jenis pidana apa yang dianggap paling sesuai untuk terdakwa. Perumusan tunggal juga tidak sesuai dengan ide dasar yang melatarbelakangi ditetapkannya pidana penjara dengan sistem pemasyarakatan di Indonesia. Dengan dianutnya sistem perumusan tunggal yang sangat kaku dan absolut akan dirasakan adanya kontradiksi ide, karena konsepsi pemasyarakatan bertolak dari ide rehabilitasi, resosialisasi dan individualisasi pidana. Oleh karena itu perumusan pidana penjara secara tunggal terhadap delik perzinaan ditinjau dari tujuan pemidanaan tidak dapat memenuhi aspek perlindungan individu terhadap pelaku pidana, karena jenis sanksi pidananya yang imperatif tersebut belum tentu cocok bagi perbaikan si pelaku.

Kedua. Telah dikemukakan di muka bahwa dalam perspektif masyarakat Indonesia, delik perzinaan dipandang sebagai kejahatan yang sangat keji dan berdampak sangat buruk, baik bagi si pelaku maupun masyarakat pada umumnya. Ancaman pidana

⁶⁵ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan ...*, Op. Cit., hal. 156-157

terhadap delik perzinaan dalam KUHP yang maksimal 9 bulan penjara, jelas memberi kesan bahwa KUHP memandang dan mengkualifikasi delik perzinaan ini sebagai delik yang memiliki bobot “sangat ringan”. Dalam konsep KUHP, delik yang bobotnya dinilai kurang dari satu tahun penjara masuk dalam kategori delik “sangat ringan”, yang hanya dapat diancam dengan pidana denda.⁶⁶ Kualifikasi delik perzinaan sebagai delik yang sangat ringan dalam KUHP adalah kebijakan yang sangat tidak sesuai dengan nilai-nilai moral dan religiusitas masyarakat Indonesia, dan ditinjau dari tujuan pemidanaan, akan sangat jauh dari tercapainya perlindungan masyarakat (*prevensi general*) maupun perlindungan individu (*prevensi spesial*). Hukuman yang sangat ringan terhadap perbuatan yang oleh masyarakat dianggap sebagai kejahatan yang berat dan berbahaya, akan melukai rasa keadilan sosial, sehingga masyarakat tidak merasa dilindungi oleh hukum, yang pada gilirannya akan menimbulkan ketidakpercayaan masyarakat terhadap hukum dan pada akhirnya sering melakukan perbuatan main hakim sendiri (pengadilan massa).

Menurut Kadaryanto (Kapolda Jawa Tengah saat itu) dalam sebuah seminar mengemukakan data bahwa faktor yang paling dominan, menjadi alasan dari berbagai kasus pengadilan massa di Jawa Tengah adalah unsur ketidakpuasan masyarakat terhadap hukum dan penegakannya.⁶⁷ Di sisi lain ancaman pidana yang sangat ringan untuk kejahatan yang berat dan berbahaya juga tidak memberikan rasa jera dari para pelakunya dan tidak cukupnya waktu bagi terpidana untuk upaya rehabilitasi. Apalagi

⁶⁶ *Ibid.*, hal. 172.

⁶⁷ Kadaryanto, *Pengadilan Massa, Jawaban atas Ketidakpastian Hukum*, Makalah dalam Diskusi Panel DPC AAI se Jawa Tengah di Semarang, tanggal 29 April 2000.

pidana penjara pendek kecenderungannya saat ini sedang dihindari dan mendapat kritikan yang sangat tajam dari banyak pakar hukum pidana sebagai jenis pidana yang tidak efektif dapat menanggulangi kejahatan dan sering-sering justru menjadi faktor kriminogen.

Rekomendasi Kongres ke 2 PBB mengenai "*The Prevention of Crime and The Threatment of Offenders*" tahun 1960 di London antara lain menyatakan bahwa pidana penjara pendek mungkin berbahaya, karena si pelanggar dapat terkontaminasi dan sedikit (tidak) memberi kesempatan untuk menjalani pelatihan yang konstruktif, yang oleh karenanya penggunaannya secara luas tidak dikehendaki, dan walaupun masih tetap dipakai hendaknya penggunaannya harus dibatasi.⁶⁸

Penerapan ancaman pidana terhadap delik perzinaan yang maksimal 9 bulan penjara (maksimum khusus) tidak memiliki dasar dan argumentasi yang rasional. Menurut Barda, dengan dianutnya sistem maksimum khusus, maka dalam setiap proses kriminalisasi, mestinya pembuat undang-undang, mempertimbangkan bobot suatu delik, kemudian menetapkan kuantifikasi ancaman pidana maksimumnya. Menetapkan kuantifikasi pidana maksimum untuk menunjukkan tingkat keseriusan suatu delik diperlukan pengetahuan yang cukup mengenai gradasi nilai dari norma-norma masyarakat dan kepentingan-kepentingan hukum yang akan dilindungi itu.

Oleh karena itu jika ~~kita~~ ingin memperbaharui KUHP dengan bertolak dari alasan politis, filosofis dan sosiologis, maka menentukan kuantifikasi maksimum khusus harus berorientasi pada nilai-nilai dan kepentingan hukum, sehingga dengan demikian

⁶⁸ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta ..., Op. Cit.*, hal. 34-35

diharapkan dapat merumuskan maksimum pidana secara rasional.⁶⁹ Namun sayangnya menurut John Kaplan, sebagaimana yang dikutip oleh Barda, di kebanyakan negara, sanksi-sanksi yang tersedia untuk delik-delik yang berbeda sama sekali tanpa suatu dasar atau landasan yang rasional. Inilah yang pada gilirannya merupakan salah satu penunjang utama adanya perbedaan perlakuan terhadap para pelanggar yang kesalahannya sebanding.⁷⁰

Oleh karena nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat Indonesia memandang bahwa delik perzinaan merupakan jenis kejahatan yang berat dan berbahaya, sehingga memiliki bobot delik yang berat, semestinya maksimum pidananya pun harus lebih berat, tidak 9 bulan yang tergolong masuk dalam kategori bobot delik yang “sangat ringan”. Dengan mempertimbangkan aspek-aspek tersebut, maka perlu adanya rekonstruksi, khususnya terhadap ancaman pidana maksimum delik perzinaan, yang berdasarkan pada nilai-nilai politik, filosofis dan sosiologis masyarakat Indonesia.

Ketiga, sanksi pidana terhadap delik perzinaan (seperti halnya terhadap delik-delik lain dalam KUHP) tidak mengatur pola minimum khusus. Perzinaan dalam masyarakat Indonesia, seperti yang sudah dikemukakan beberapa kali, merupakan jenis kejahatan yang sangat berat dan berbahaya yang oleh karena perlu diancam dengan pidana dalam kategori bobot delik yang berat. Memang tidak setiap delik harus diberi ancaman minimum khusus. Dalam menentukan minimum khusus perlu dipertimbangkan akibat dari delik yang bersangkutan terhadap masyarakat luas atau

⁶⁹ Barda Nawawi Arief, *Bungan Rampai Kebijakan ...*, Op. Cit., hal 193-194

⁷⁰ *Ibid.*

faktor pengulangan tindak pidana (*Recidive*). Pada umumnya hanya delik-delik yang “sangat serius” saja yang perlu diberi ancaman minimum khusus. Sebagai ukuran kuantitatif adalah delik-delik yang ancaman pidananya diatas 7 tahun sajalah yang dapat dikenakan minimum khusus.⁷¹ Oleh karena perzinaan itu termasuk tindak pidana yang berat dan akibatnya (sebagaimana yang telah diuraikan di muka) sangat berdampak negatif bagi masyarakat, maka menurut hemat penulis terhadap delik perzinaan ini ancaman pidana maksimalnya perlu diperberat atau masuk dalam kategori bobot delik yang “berat”, yang karenanya harus diberi ancaman minimum khusus.

Pemberikan ancaman minimum khusus ini berguna untuk lebih mengefektifkan pengaruh *prevensi general*, khususnya bagi delik-delik yang dipandang membahayakan dan meresahkan masyarakat dan untuk menghindari adanya disparitas pidana yang sangat mencolok. Disparitas pidana dalam hal ini diartikan sebagai penerapan pidana yang berbeda-beda baik terhadap (pelaku) tindak pidana yang sama, terhadap (pelaku) tindak pidana yang berbeda-beda tetapi berat ringan ancaman pidananya dapat diperbandingkan, maupun terhadap para pelaku peserta tindak pidana.

Di berbagai negara, hal ini diidentifikasi sebagai faktor yang dapat mengurangi penghargaan baik dari pelaku tindak pidana maupun masyarakat terhadap pengadilan. Khusus bagi pelaku tindak pidana mereka akan menganggap dirinya sebagai korban *judicial caprice* dan bagi aparatur pelaksana pidana hal ini akan merupakan salah satu

⁷¹ *Ibid.*, hal 141 dan 174

kendala bagi proses pemasyarakatan kembali. Oleh karena itu adanya disparitas pidana dikatakan oleh Muladi sebagai salah satu faktor kriminogen dalam sistem peradilan pidana.⁷²

Dari berbagai hasil analisis yang telah penulis kemukakan di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa formulasi delik perzinaan dalam KUHP dalam perspektif kebijakan kriminal memunculkan berbagai masalah yang menjadi kendala bagi tercapainya upaya penanggulangan kejahatan yang berkaitan dengan perzinaan dan merupakan sebuah kebijakan yang tidak berorientasi pada nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat yang masih sangat menjunjung nilai-nilai moral dan agama. Oleh karena itu kebijakan KUHP tersebut perlu direformulasi dan direformasi sesuai dengan nilai-nilai politik, filosofik dan sosial bangsa Indonesia.

B. KEBIJAKAN FORMULASI DELIK PERZINAAN DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA

1. Delik Perzinaan dalam Berbagai KUHP Negara Asing; Sebuah Perbandingan Hukum

Sebagaimana telah disebutkan dalam bab pendahuluan, bahwa penelitian tesis ini juga menggunakan pendekatan metode yuridis komparatif (perbandingan hukum). Perbandingan hukum sebagai suatu metode mengandung arti bahwa ia merupakan suatu cara pendekatan untuk lebih memahami suatu obyek atau

⁷² Muladi, *Kapita Selektta Sistem Peradilan Pidana*, (cet. 2), Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, tahun 2002, hal 26.

masalah yang diteliti. Oleh karena itu sering digunakan istilah metode perbandingan hukum.⁷³

Constantinesco mempelajari proses perbandingan hukum dalam tiga fase, *pertama* mempelajari konsep-konsep (yang diperbandingkan) dan menerapkannya menurut sumber aslinya. Mempelajari konsep-konsep tersebut didalam kompleksitas dan totalitas dan sumber-sumber hukum dengan pertimbangan yang sungguh-sungguh, yaitu dengan melihat hirarki sumber hukum itu dan menafsirkannya dengan menggunakan metode yang cepat atau sesuai dengan tata hukum yang bersangkutan. *Kedua*, memahami konsep-konsep yang diperbandingkan yang berarti mengintegrasikan konsep-konsep itu ke dalam tata hukum mereka sendiri dengan memahami pengaruh-pengaruh yang dilakukan terhadap konsep-konsep itu dengan menentukan unsur-unsur dari sistem dan faktor di luar hukum serta mempelajari sumber-sumber sosial dari hukum positif. *Ketiga*, melakukan penjajaran (menempatkan secara berdampingan) konsep-konsep itu untuk diperbandingkan. Fase ketiga ini merupakan fase yang agak rumit dimana metode-metode perbandingan hukum yang sesungguhnya digunakan. Metode-metode ini ialah melakukan deskripsi, analisa dan eksplanasi yang harus memenuhi kriteria bersifat kritis, sistematis dan membuat generalisasi

⁷³ Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana (cet. 3)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1998, hal. 4

dan harus cukup luas meliputi pengidentifikasian hubungan-hubungan dan sebab-sebab dari hubungan itu.⁷⁴

Menurut Rene David dan Brierley, perbandingan hukum ini bermanfaat bagi penelitian hukum yang bersifat historis dan filosofis, kemudian juga penting untuk memahami lebih baik dan untuk mengembangkan nasional kita sendiri, dan membantu dalam mengembangkan pemahaman terhadap bangsa-bangsa lain dan oleh karena itu memberikan sumbangan untuk menciptakan hubungan/suasana yang baik bagi perkembangan hubungan-hubungan internasional.⁷⁵

Metode perbandingan hukum ini dapat diterapkan dengan memakai sistem hukum sebagai titik tolak perbandingan. Sistem hukum mencakup tiga unsur pokok yaitu struktur hukum yang mencakup lembaga-lembaga hukum, substansi hukum yang mencakup perangkat kaidah atau perilaku teratur dan budaya hukum yang mencakup perangkat nilai-nilai yang dianut.⁷⁶

Perbandingan sistem hukum yang akan dikaji pada penelitian ini penekanannya hanya pada salah satu subsistem hukum, yakni substansi hukumnya saja, yakni kebijakan formulasi delik perzinaan yang diatur dalam berbagai KUHP negara-negara asing yang meliputi negara Perancis, Belanda, Inggris, Thailand, Jepang, Argentina, Austria, Korea, Greenland, Malaysia, Kelantan dan Nigeria.

⁷⁴ *Ibid.*, hal. 9-10

⁷⁵ *Ibid.*, hal. 17-18

⁷⁶ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, (cet. 2), Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2001, hal. 88. Mengenai sistem hukum dapat dibaca juga pada Nyoman Sarikat Putra Jaya, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Badan Penerbit, Universitas Diponegoro, Semarang, 2001, hal 53

a. KUHP Prancis

Perancis termasuk kedalam sistem hukum Eropa kontinental (*civil law system*), hukum ini memiliki karakteristik bahwa hukum diatur dalam suatu kodifikasi, hukum harus dikodifikasi dalam sebuah undang-undang. Sejak masa Napoleon sudah dibuat lima kodifikasi hukum yakni, Code Penal, Code d'instruction Criminelle, Code Civil, Code de Commerce dan Code de Procedure Civil. Khusus kodifikasi di bidang hukum pidana (*Code Penal*) yang dibuat tahun 1810 sangat berpengaruh dan membangkitkan era kodifikasi di Eropa barat.⁷⁷

KUHP Prancis⁷⁸ dibagi kedalam 4 (empat) buah buku. Buku I tentang Pidana terhadap *crime* (kejahatan berat) yang pidananya adalah pencabutan/kehilangan hak (*deprivation*) dan yang bersifat keji (*infamation*), pidana terhadap *delit* (kejahatan ringan) yang pidananya adalah bersifat koreksi, kemudian pidana terhadap *contravention* (pelanggaran) yang pidananya bersifat mengatur. Buku II tentang orang-orang yang bertanggung jawab pidana, dapat di eksekusi dan dapat dipertanggungjawabkan terhadap kejahatan berat (*crime*) dan kejahatan ringan (*delit*). Buku III tentang *crime* (kejahatan berat) dan *delit* (kejahatan ringan) terhadap kepentingan umum dan buku IV tentang *contravention* (pelanggaran) dan pidananya.

⁷⁷ Firdaus Maramis, *Op. Cit.*, hal. 27

⁷⁸ Sumber Bacaan dapat dilihat pada Andi Hamzah (Ed.), *KUHP Prancis sebagai Perbandingan*, (terj.) Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.

Delik-delik kesusilaan diatur pada buku III titel II Bab I bagian IV yang didalam Pasal 336 sampai dengan 338 mengatur secara khusus tindak pidana perzinaan, yang bunyi selengkapnya adalah sebagai berikut :⁷⁹

- Pasal 336 : “Istri yang bermukah (berzina, pen.) hanya dapat dituntut berdasarkan pengaduan suami; kendati hal ini tidak terdapat dalam hal-hal yang tercantum di dalam Pasal 339”.

- Pasal 337 : “Istri yang bersalah melakukan mukah diancam pidana tutupan selama tidak kurang dari tiga bulan dan tidak lebih dari dua tahun.

Suami dapat menghentikan istrinya menjalani pidana jika ia setuju mengambilnya kembali”.

- Pasal 338 : “Peserta yang dilakukan mukah dengan istri orang lain diancam pidana tutupan yang sama dan denda 36.000 sampai 72.000 Franc.

Di samping bukti yang langsung dan segera, hanya surat-surat dan tulisan-tulisan lain dari penulisnya yang diakui sebagai bukti terhadap peserta”.

Di samping Pasal-Pasal tersebut di atas, ada juga Pasal lain yang berkaitan dengan perzinaan, yakni tentang pergundikan (kumpul kebo, pen.) dan bigami, adapun bunyi Pasal tersebut adalah sebagai berikut :

- Pasal 339 : “Suami yang memelihara gundik di dalam rumah tangganya, setelah ada pengaduan istrinya, diancam pidana denda dari 36.000 sampai 720.000 Franc”.

⁷⁹ *Ibid.*, hal. 173

- Pasal 340 : “Seseorang yang telah kawin dan sebelum bercerai dari perkawinan yang ada, kawin kedua kalinya, diancam pidana tutupan dari enam bulan sampai tiga tahun dan denda dari 50.000 sampai 2.000.000 Franc.

Pejabat umum yang mengetahui meresmikan perkawinan demikian diancam pidana yang sama”.

Dari ketentuan-ketentuan tersebut di atas maka dapat ditarik penjelasan sebagai berikut :

- 1). KUHP Prancis hanya mempidana perbuatan zina yang *adultery*/muhsan, tetapi tidak melakukan kriminalisasi terhadap *fornication*/ghoiru muhsan.
- 2). Rumusan delik perzinaan hanya mencakup (dikenakan) kepada istri yang berzina dengan orang lain, sementara suami hanya dipidana jika melakukan pergundikan (Pasal 339). Suami dapat dipidana dalam kaitan dengan delik perzinaan jika dia sebagai pelaku peserta dari seorang istri yang berzina.
- 3). Delik perzinaan sifatnya sebagai delik aduan (*klacht delicten*) absolut, artinya istri yang berzina dapat dilakukan penuntutan atau menjalani pidana atas aduan dari suami pelaku perzinaan. Demikian pula halnya terhadap delik pergundikan (kumpul kebo) yang baru merupakan suatu delik jika dilakukan di dalam rumah tangganya, juga merupakan delik aduan absolut.
- 4). Pidana yang diancamkan kepada pelaku peserta perzinaan adalah lebih berat daripada pelaku pezinanya, yakni dengan pidana tutupan yang sama yang

dikumulasikan dengan pidana denda minimal 36.000 dan maksimal 720.000 Franc.

- 5). Pidana terhadap delik perzinaan memakai sistem minimal khusus.
- 6). Pidana terhadap istri yang berzina dapat dihentikan jika suami mengambil kembali istrinya yang menyeleweng itu.

Suatu hal yang perlu mendapat catatan khusus di sini adalah bahwa meskipun Prancis masuk dalam sistem hukum Eropa Kontinental (*Civil Law System*) yang di beberapa negara lain yang memiliki kekeluargaan hukum yang sama, pada umumnya delik perzinaan ini telah dihapus (dekriminalisasi) dari KUHP mereka, namun ternyata di Prancis perzinaan masih dikualifikasi sebagai delik, meski hanya terhadap *adultery*. Demikian pula halnya terhadap pergundikan (kumpul kebo).

b. KUHP Belanda

Belanda memiliki KUHP sendiri dimulai sejak tahun 1886, setelah sebelumnya sejak tahun 1811 diberlakukan Code Penal Prancis, karena Belanda menjadi bagian dari daerah jajahan Prancis.⁸⁰ Sebagai bagian dari keluarga hukum Eropa kontinental, maka standard agama dan moral, kurang mendapat saluran dan perlindungan hukum pidananya. Orang-orang Eropa barat, demikian halnya Belanda memiliki pola hidup yang individualistis. Oleh karena itu sepanjang tidak merugikan orang lain, maka campur tangan orang lain, termasuk negara terhadap kehidupan pribadi seseorang sangatlah dihindari.

⁸⁰ A. Zainal Abidin Farid, *Hukum Pidana I*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995, hal. 61-65

Standard moral dan agama belaka tidak dapat diterima sebagai dasar untuk mengkualifikasi suatu perbuatan sebagai tindak pidana, melainkan harus ada unsur kerugian pada orang lain. Sikap ini membawa konsekwensi yang jelas terlihat pada delik seksualnya.

Dalam delik seksual, tekanan utamanya untuk melindungi pihak yang lemah. Oleh karena itu hubungan seksual dan perbuatan cabul dikualifikasi sebagai delik jika ada unsur paksaan (kekerasan), dilakukan terhadap orang yang lemah pikiran, anak-anak, dan orang yang tidak berdaya. Oleh karena itu jika pada mulanya KUHP Belanda mengenal Pasal-Pasal yang sebanding dengan Pasal 284 (*overspel/zina*) dan Pasal 292 (homoseks dengan anak di bawah umur) dalam KUHP Indonesia, maka Pasal-Pasal tersebut (Pasal 241 dan 248 bis KUHP Belanda) telah dihapus dengan Undang-Undang 6 Mei 1971, S. 291 (Pasal 241) dan Undang-Undang 8 April 1971, S. 212.⁸¹ Oleh karena itu perzinahan sepanjang dilakukan suka sama suka dan terhadap orang dewasa yang memiliki kemampuan bertanggung jawab, dalam KUHP Belanda bukanlah merupakan tindak pidana karena telah mengalami dekriminialisasi.

c. KUHP Inggris

KUHP Inggris masuk dalam keluarga hukum *common law system*. Bahkan dari Inggrislah *common law* berasal, khususnya England dan Wales, yang kemudian sistem ini berpengaruh juga di Irlandia Utara, Skotlandia, Amerika

⁸¹ J.M. van Bemmelen, *Hukum Pidana 3; Bagian Khusus Delik-delik Khusus*, (terj.), Binacipta, 1986, hal. 173-174

Serikat, Canada, Australia, Selandia Baru dan sejumlah negara lainnya. Pada mulanya istilah *common law* digunakan untuk menunjukkan hukum yang umum (*common*) bagi seluruh wilayah kerajaan, karena diterapkan oleh pengadilan kerajaan (*Royal Courts*). Hal ini karena semula di Inggris masih diakui hukum yang diterapkan oleh pengadilan-pengadilan khusus, seperti *Ecclesiastical Courts* (pengadilan gereja) dan *feudal courts* (pengadilan oleh bangsawan).⁸²

Common law dibangun diatas dasar doktrin precedent. Precedent artinya hal yang telah ada lebih dahulu dan yang diikuti. Doktrin precedent berarti seorang hakim terikat pada putusan yang telah ada lebih dahulu yang telah dipublikasikan. Oleh karena itu dalam *common law system* sumber hukum utama adalah jurisprudensi.

Meski sumber hukum yang utama adalah jurisprudensi, namun pada abad 19 dan 20 peran undang-undang pidana semakin besar dengan dibuatnya berbagai undang-undang, sehingga P.A. Jones, ahli hukum pidana Inggris yang mengatakan bahwa mayoritas tindak pidana dirumuskan dan diatur dalam undang-undang. Undang ini bermacam-macam sifatnya :

- 1). Ada yang hanya menentukan batas pembedaannya dengan menyebut nama tindak pidana tanpa merumuskannya; misalnya Murder, rumusannya tetap hanya dapat disimpulkan dari putusan-putusan hakim, tetapi pidananya ditentukan dalam *Murder (Abolition of death Penalty) Act. 1965*.

⁸² Frans Maramis, *Op. Cit.*, hal. 34

- 2). Ada yang sama sekali menggantikan tindak pidana yang semula merupakan *common law offences*.
- 3). Ada yang menciptakan tindak pidana baru yang semula tidak dikenal dalam *common law offences*. Contoh pembuatan *Punishment of Incest Act 1908* yang mengancam pidana terhadap laki-laki yang bersetubuh dengan wanita dewasa yang diketahuinya adalah anaknya, cucunya, saudaranya atau ibunya, yang sebelumnya bukan tindak pidana tetapi kemudian dikriminalisasi sebagai tindak pidana berat.

Sekalipun peran Undang-undang semakin besar, namun mengenai *general principles* hukum pidana Inggris hampir seluruhnya hanya dapat disimpulkan dari putusan-putusan hakim.⁸³

Sebagaimana halnya dengan KUHP Belanda, KUHP Inggris juga memandang bahwa hubungan seksual di luar nikah tidak dianggap dengan suatu delik sepanjang dilakukan suka sama suka dan terhadap orang yang memiliki kemampuan bertanggung jawab.

Hal ini tidak berarti bahwa dalam kenyataannya hukum pidana Inggris sama sekali mengabaikan hal yang semata-mata dicela moralitas sosial tanpa adanya kerugian terhadap orang lain. Dalam beberapa hal moralitas sosial mendapat perhatian, misalnya masalah *incest* dan *buggery*.

Sebelum tahun 1908 bukan termasuk tindak pidana apabila menyetubuhi wanita dewasa yang diketahuinya adalah cucunya, anaknya, saudaranya atau

⁸³ *Ibid.*, hal. 41-42

ibunya. Namun dalam *Punishment of Incest Act 1908* hal ini kemudian dijadikannya sebagai tindak pidana. Ini diperkuat lagi dengan *Sexual Offences Act 1956* di mana Pasal 10 mengancam pidana laki-laki yang melakukan hubungan seks dengan wanita yang diketahuinya adalah cucu, anak perempuan, saudari atau ibunya; sedangkan Pasal 11 mengancam pidana wanita yang berusia 16 tahun dan seterusnya yang sukarela mengizinkan kakek, ayah, saudara atau anak laki-lakinya melakukan hubungan seks dengannya. Hubungan ini adalah baik sedarah (*whole blood*) maupun tiri (*half blood*) dan baik sah (*legitimate channels*) maupun tidak sah (*illegalitimate channels*).

Pasal 12 *Sexual Offences Act 1956* menegaskan bahwa merupakan tindak pidana jika seseorang melakukan *buggery* dengan orang lain atau hewan. *Buggery* dirumuskan dalam *common law* sebagai : "*sexual intercourse between or a woman and an animal per anum or per vaginam*" (hubungan seks antara seorang laki-laki dengan seorang wanita atau laki-laki *per anum* atau antara seorang laki-laki atau wanita dengan hewan *per anum* atau *per vaginam*).

Khususnya *Buggery* antara dua laki-laki mengalami perubahan oleh *Sexual offences Act 1967*. Pasal 1 Act ini menentukan – hasil rekomendasi *Wolfenden Committee* – bukan tindak pidana jika *buggery* dilakukan antara seorang laki-laki dengan laki-laki lain dengan memenuhi syarat :

- 1). perbuatan dilakukan "*in private*";
- 2). kedua pihak sukarela;

3). kedua pihak telah berusia 21 tahun.⁸⁴

d. KUHP Thailand

Dalam KUHP Thailand tidak ada bab yang berjudul “Tindak Pidana terhadap Kesusilaan”, yang ada ialah bab mengenai “Tindak pidana yang berhubungan dengan seksualitas” (*offences relating to sexuality*), yang diatur dalam bab IX Pasal 276-287. Dalam bab ini diatur perbuatan-perbuatan yang berhubungan dengan persetubuhan/hubungan seksual dan perbuatan cabul, termasuk yang berhubungan dengan usaha pelacuran dan distribusi barang-barang cabul.⁸⁵

Dalam KUHP Thailand, perzinahan tidak dianggap sebagai tindak pidana sepanjang dilakukan suka sama suka dan terhadap orang yang memiliki kemampuan bertanggungjawab. Hubungan seksual di luar nikah baru dianggap sebagai suatu delik jika :

- 1). Dilakukan diluar kemauannya, dengan jalan mengancam, dengan kekerasan, dalam kondisi wanita tidak berdaya dan dengan jalan membuat wanita itu keliru menyangka bahwa pelaku adalah orang lain, dengan pidana penjara satu sampai sepuluh tahun dan denda dari dua ribu sampai dua puluh ribu Baht (Pasal 276).

⁸⁴ *Ibid.*, hal. 50

⁸⁵ Rarda Nawawi Arief. *Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana*. Raja Grafindo Persada. Jakarta, 2002, hal. 174

- 2). Dilakukan terhadap seorang gadis di bawah usia tiga belas tahun dengan atau tanpa persetujuannya, dengan pidana penjara dari dua sampai dua belas tahun dan denda dari empat ribu sampai dua puluh ribu Baht (Pasal 277).
- 3). Dilakukan sebagai mata pencaharian (mencari nafkah dengan jalan pelacuran, dengan pidana penjara dari dua sampai dengan tujuh tahun dan denda dari empat ribu sampai empat belas ribu Baht.⁸⁶

e. KUHP Jepang

KUHP Jepang (*The Penal Code of Japan*) sangat sederhana penyusunannya dan lebih praktis daripada KUHP kita yang bersumber dari barat dan penuh dengan teori-teori, seperti sengaja, culpa, delneming dan lain-lain. Jika KUHP kita terdiri dari tiga buku, maka KUHP Jepang hanya terdiri dari dua buku, yaitu Buku I tentang Ketentuan Umum dan Buku II tentang Kejahatan (*crimes*), sama seperti Rancangan KUHP kita dan KUHP modern lainnya.

Delik kesusilaan di Jepang diatur dalam bab XXII yang berjudul “Kejahatan Melanggar Kesusilaan, Perkosaan dan Bigami” (Pasal 174-184). Sama halnya dengan Thailand, KUHP Jepang juga tidak mengatur delik perzinaan. Hubungan seksual di luar nikah baru dianggap sebagai sebuah delik jika :

- 1). Dilakukan dengan kekerasan atau intimidasi dengan perempuan yang berumur tidak kurang dari 13 tahun (perkosaan) dengan ancaman pidana penjara kerja paksa selama jangka waktu terbatas tidak kurang dari dua tahun (Pasal 177).

⁸⁶ Andi Hamzah (Ed.), *KUHP Thailand Sebagai Perbandingan, (terj.)*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, hal. 145-150

- 2). Dilakukan terhadap seseorang yang umumnya belum mencapai 13 tahun, dengan ancaman pidana yang sama dengan di atas (Pasal 178).⁸⁷

f. KUHP Argentina

KUHP Argentina sistematikanya sama dengan KUHP Jepang dan beberapa KUHP modern lainnya yang hanya terdiri dari dua buku, yakni Buku I tentang Ketentuan Umum dan Buku II tentang Kejahatan.

Buku yang kedua susunannya sangat unik, di mana Titel I berisi tentang Kejahatan terhadap orang, tidak seperti KUHP negara lain yang dimulai dengan kejahatan terhadap keamanan negara.

Asas legalitas yang merupakan kunci dari setiap KUHP modern ternyata tidak ditemui di dalam KUHP Argentina.⁸⁸

Kejahatan terhadap Kesusilaan Umum diatur dalam Titel III yang dalam Bab I (Pasal 118) mengatur secara khusus tentang Mukah (zina/overspel) yang bunyinya secara lengkap sebagai berikut :

“Siapapun dari orang-orang berikut ini akan dipidana dengan tutupan dari satu bulan sampai satu tahun :

- (1). Perempuan bersuami yang melakukan mukah (overspel);
- (2). Seseorang yang melakukan mukah (overspel) dengan perempuan bersuami;
- (3). Seorang laki-laki beristri yang memelihara gundik baik di rumah tangganya atau di mana saja;
- (4). Gundik demikian dari laki-laki yang beristri.”⁸⁹

⁸⁷ Andi Hamzah (Ed.), *KUHP Jepang Sebagai Perbandingan, (terj.)* , Ghalia Indonesia, Jakarta. 1987. hal. 128-129

⁸⁸ Andi Hamzah, *Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara, (terj.)* , Sinar Grafika, Jakarta. 1995. hal. 78

⁸⁹ Andi Hamzah (Ed.), *KUHP Thailand Sebagai Perbandingan, (terj.)* , Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, hal. 85

Dari ketentuan di atas dapat dijelaskan bahwa yang dapat dijerat dengan Pasal perzinaan hanyalah perempuan yang bersuami. Seorang laki-laki yang telah beristri dapat dijerat dengan Pasal perzinaan jika dia sebagai pelaku peserta dari perempuan yang telah bersuami dan jika dia memelihara gundik (kumpul kebo) baik di dalam rumah tangganya atau di manapun. KUHP Argentina juga tidak melakukan kriminalisasi terhadap *fornication*. Oleh karena itu jika laki-laki yang telah beristri melakukan hubungan seksual di luar nikah dengan perempuan lajang, atau yang dilakukan oleh pria dan wanita yang sama-sama masih lajang, bukanlah merupakan tindak pidana zina (mukah) menurut KUHP Argentina ini.

Pidana tutupan yang dikenakan terhadap delik mukah/zina dalam KUHP Argentina dijalani dengan kerja paksa di dalam lembaga khusus terpisah dari yang diperuntukkan bagi pidana penjara (Pasal 9). Jika penjara itu terdiri dari beberapa blok/gedung, pidana tutupan hanya terdiri dari satu blok saja. Adapun hasil kerja terpidana selama dalam masa penjara/tutupan akan diterapkan sepadan dengan (lihat Pasal 11) :

- 1). Untuk membayar kerusakan yang terjadi dan sakit serta penderitaan yang diakibatkan oleh kejahatan jika tidak dibayar menurut cara yang lain.
- 2). Disediakan untuk nafkah yang berkaitan dengan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.
- 3). Untuk membayar biaya-biaya terpidana di lembaga pidana.

- 4). Untuk membentuk suatu dana khusus yang akan diserahkan kepada terpidana selepasnya dari lembaga pidana.⁹⁰

Dengan ketentuan ppidanaan di atas maka setiap pidana/tutupan yang dijatuhkan selalu dikalkulasi sebagai kompensasi atas perbuatan jahatnya dan dalam rangka mempersiapkan/membekali terpidana jika telah selesai menjalankan pidananya untuk hidup kembali di tengah-tengah masyarakat.

Delik perzinaan (mukah/overspel) sebagaimana tersebut pada Pasal 118 KUHP Argentina di atas termasuk delik tuntutan pribadi. Pada Pasal 71 ditentukan bahwa semua delik harus dituntut secara *ex officio*, kecuali yang memerlukan pengaduan korban dan yang hanya dituntut atas tuntutan pribadi. Jadi KUHP Argentina membagi tiga jenis delik (jika dilihat dari sifatnya) yakni delik biasa, delik aduan dan delik tuntutan pribadi. Delik pengaduan diperlakukan terhadap kejahatan perkosaan, penyesatan, penculikan, penyerangan kesusilaan dengan ketentuan korbannya tidak mati atau terluka (Pasal 72). Sedangkan tuntutan pribadi diperlakukan terhadap kejahatan mukah (zina/overspel), fitnah atau penghinaan, pelanggaran terhadap rahasia, persaingan curang dan tidak melakukan kewajiban hukum keluarga terhadap istri/suami (Pasal 73).⁹¹

Tuntutan pribadi untuk menuntut mukah (*overspel*) diatur secara khusus pada Pasal 74, meliputi :

⁹⁰ *Ibid.*, hal. 49

⁹¹ *Ibid.*, hal. 68-69

- 1). Tuntutan untuk menuntut mukah (*overspel*) diajukan oleh istri/suami yang sakit hati yang harus menulis pengaduan terhadap kedua pelaku, tetapi tuntutan pidana tidak boleh dimulai sampai sesudah putusan perceraian berakhir atas dasar mukah (*overspel*).
- 2). Ketentuan terhadap putusan perceraian tidak mempunyai akibat langsung terhadap perkara pidana.
- 3). Istri/suami yang telah sepakat untuk atau memaafkan mukah (*overspel*) tidak mempunyai hak menuntut.
- 4). Kematian dari suami/istri yang sakit hati menghapuskan tuntutan pidana dan mengakhiri pelaksanaan pidana.⁹²

g. KUHP Austria

KUHP Austria pertamakali diundangkan pada tahun 1852, kemudian sewaktu Austria dianeksasi oleh Jerman Nazi KUHP tersebut tidak berlaku dan baru mulai tahun 1945 diberlakukan kembali. Pada tahun 1965 KUHP ini diubah secara mendasar dan berisi dua bagian. Bagian I tentang Delik-delik Ringan yang besar dan kecil (*Gross and Petty Misdemeanors*) yang terdiri atas 14 bab.⁹³

Delik kesusilaan diatur dalam Bagian II (dengan demikian berarti termasuk delik-delik ringan) bab XIII "Mengenal Delik-delik Ringan yang Besar

⁹² *Ibid.*, hal

⁹³ Andi Hamzah (Ed.). *KUHP Austria Sebagai Perbandingan. (Teri)* . Ghalia Indonesia. Jakarta, 1987, hal. 37

dan Kecil terhadap Kesusilaan Umum” (Pasal 500-525). Adapun delik perzinaan diatur pada Pasal 502 dan 503,⁹⁴ yang berbunyi sebagai berikut :

- Pasal 502 : “Seorang yang telah menikah yang melakukan perzinaan, demikian juga seorang yang belum menikah yang dengannya perzinaan dilakukan, dianggap bersalah melakukan suatu delik ringan yang kecil dan akan dipidana dengan pidana kurungan dari satu sampai enam bulan. Tetapi pidana bagi wanita lebih berat jika dengan dilakukannya perzinaan dapat menimbulkan kerugian mengenai legitimasi suatu kelahiran kemudian.”
- Pasal 503 : “Perzinaan mungkin tidak (bagian dari kalimat tidak dipakai lagi) dituntut dan dipidana atas tuntutan penuntut umum, melainkan hanya atas permintaan pihak yang dirugikan. Walaupun seseorang tidak berhak lagi mengajukan permohonan jika ia dengan tegas memaafkan perbuatan yang diketahuinya atau jika ia tidak mengajukan pengaduan dalam waktu enam minggu sejak perzinaan itu diketahuinya. Pidana yang telah dijatuhkan berakhir setelah pihak yang dirugikan menyatakan keinginannya untuk hidup bersama lagi dengan pihak yang bersalah. Tetapi pernyataan tersebut tidak menghilangkan pidana yang dijatuhkan atas seorang yang dituduh berzina dengan suami atau istri seorang lain yang sedang dituntut dalam perkara perceraian.”

Dari ketentuan di atas dapat dijelaskan bahwa :

- 1). Delik perzinaan dalam KUHP Austria termasuk kedalam jenis kejahatan ringan yang kecil yang karenanya hanya diancam hukuman kurungan satu sampai enam bulan, lebih ringan dari pidana perzinaan dalam KUHP kita yang maksimal penjara sembilan bulan.

⁹⁴ *Ibid.*, hal. 229-230

Tetapi pidana wanita dikenakan lebih berat jika dapat menimbulkan kerugian bagi pengesahan anak yang lahir kemudian. Pemberatan pidana kurungan diatur di dalam Pasal 253 yakni dengan cara menggabungkannya dengan satu atau lebih sanksi pidana berupa :

- puasa
- pekerjaan yang lebih berat
- pemberian sebuah tempat tidur yang keras
- pengurungan di kamar tersendiri
- pengurungan di sel gelap tersendiri
- di cabut.

2). Delik perzinaan pelakunya orang yang telah terikat oleh perkawinan (*adultery*), terhadap yang belum terikat oleh perkawinan hanya dapat dikenakan sebagai delik perzinaan jika dia sebagai pelaku peserta dari suami/istri yang berzina. Adapun delik *fornication* tidak masuk dalam ruang lingkup delik perzinaan.

3). Delik perzinaan termasuk kedalam delik aduan. Delik aduan ini tidak lagi berlaku jika yang dirugikan dengan tegas memaafkan suami/istri yang berzina dan jika lewat tenggang waktu enam minggu sejak perzinaan itu diketahuinya. Jika pidananya telah dijatuhkan (sudah menjadi terpidana), pidananya akan dihentikan apabila pihak yang dirugikan menyatakan keinginannya untuk hidup bersama lagi dengan pihak yang bersalah. Tetapi pernyataan ini tidak menghilangkan pidana bagi pelaku peserta.

- 4). Meski termasuk delik ringan yang kecil, sanksi pidana terhadap delik perzinaan menggunakan sistem pidana minimal khusus. Dalam konsep KUHP minimal khusus ini hanya dipakai untuk kejahatan berat.

h. KUHP Korea

Hukum pidana Korea sudah dikodifikasikan sejak diundangkannya KUHP Korea (*Criminal Code of the Republic of Korea*) yang diundangkan berdasarkan Undang-Undang No. 239 tanggal 18 September 1953. KUHP Korea ini terdiri dari dua buku; Buku I tentang Ketentuan Umum yang memuat 4 bab dan Buku II tentang Ketentuan Khusus yang memuat 42 bab.⁹⁵

Delik kesusilaan dalam KUHP Korea dimuat pada Buku II bab 22 yang meliputi Pasal 241-245. Adapun Pasal yang mengatur secara khusus delik perzinaan diatur dalam Pasal 241 yang berbunyi :

“(1). Seseorang yang terikat perkawinan yang melakukan mukah, diancam pidana perampasan kemerdekaan selama tidak lebih dari dua tahun. Pidana yang sama akan diterapkan kepada peserta yang lain itu, (2). Kejahatan yang tercantum di dalam ayat terdahulu, hanya akan dituntut atas pengaduan suami/istri. Jika suami/istri memaafkan atau mengampuni mukah itu, maka pengaduan tidak lagi dapat diteruskan.”⁹⁶

Ada beberapa persamaan antara formulasi delik perzinaan antara KUHP Korea dengan KUHP Indonesia, yaitu sama-sama hanya mengkriminialisasi

⁹⁵ SR. Sianturi, *Hukum Pidana Perbandingan*, Alumni AHM-PTM, Jakarta, 1982-1983, hal. 31-32

⁹⁶ Andi Hamzah (Ed.), *KUHP Republik Korea Sebagai Perbandingan*, (terj.) , Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, hal. 134-135

perzinaan (*adultery*) dan tidak memidana *fornication*, kemudian juga sama-sama mengkualifikasi delik perzinaan sebagai delik aduan absolut.

Adapun perbedaannya pertama ancaman pidana KUHP Korea lebih berat, yaitu maksimum dua tahun, sedang dalam Pasal 284 KUHP Indonesia ancaman maksimumnya hanya 9 bulan, yang kedua jika KUHP Korea dicantumkan secara tegas, bahwa jika suami/istri memaafkan dan mengampuni perzinaan tersebut, maka pengaduannya tidak dapat diteruskan, sementara dalam KUHP Indonesia suami/istri dapat menarik pengaduan selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.

i. KUHP Greenland

Greenland adalah pulau terbesar di dunia, terletak di sebelah timur laut Kanada, antara benua Amerika dan Eropa. Meski sangat luas tetapi penduduknya sangat jarang. Tahun 1970 penduduknya hanya terhitung 40.000 jiwa dengan wilayah seluas 840.000 mil² atau 2,2 juta Km². Penduduk asli Greenland adalah bangsa/suku Eskimo.⁹⁷

Sesuai dengan keadaan geografis dan penduduknya yang unik, maka KUHP Greenland juga sangat unik didalam rumusan hukum pidananya. Sanksi pidana bukan menggambarkan beratnya delik itu sendiri, tetapi suatu keinginan untuk merehabilitasi pelanggar dan melindungi masyarakat. Dengan demikian pidana itu dimaksudkan menerapkan sanksi-sanksi kepada individu-individu menurut cara yang manusiawi. Hal ini bertolak dari pemikiran bahwa seringkali

⁹⁷ Andi Hamzah, *Perbandingan Hukum Pidana ...*, Op. Cit., hal. 96

hukum pidana lebih mengganggu masyarakat dari kejahatan itu sendiri. Pandangan seperti inilah yang mewarnai KUHP Greenland tahun 1954.⁹⁸

KUHP Greenland memiliki rumusan jenis pidana yang unik, sebagian sama dengan yang berlaku di Eropa atau Amerika. Pengurungan/penjara jarang dipakai sebagai bentuk sanksi pidana, sehingga tidak ada penjara. Penduduk Greenland secara psikologis tidak dapat menerima pemenjaraan, sulit untuk menyediakan tempat penahanan yang sesuai, lagi pula negri ini sangat butuh tenaga kerja. Hanya dalam kasus yang sangat khusus pelanggar dikurung di dalam sel, namun tetap diberi kesempatan bekerja di siang hari. Pada umumnya pengurungan hanya dilakukan terhadap penjahat yang berbahaya atau yang telah melakukan kejahatan yang sangat serius.⁹⁹

Oleh karena itu KUHP Greenland ini betul-betul unik dan lain daripada yang lain, perumusannya sangat sederhana dan digali dari masyarakatnya sendiri, sehingga benar-benar menjadi hukum yang hidup, bukan hukum yang dipaksa dari luar. Hal inilah yang patut menjadi pelajaran sangat berharga bagi para ahli hukum, khususnya di Indonesia yang saat ini sedang giat melakukan pembaharuan hukum pidana, yang dalam beberapa hal nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat sering terabaikan dan lebih berorientasi ke negara barat yang sudah pasti memiliki nilai-nilai hukum dan budaya yang berbeda.

⁹⁸ *Ibid.*, hal. 97-98

⁹⁹ *Ibid.*, hal. 99

KUHP Greenland terbagi ke dalam dua bagian; bagian pertama tentang kejahatan dan bagian kedua memuat akibat hukum suatu kejahatan, yang semuanya hanya dituangkan kedalam 35 (tiga puluh lima) bab dan 122 (seratus dua puluh dua) Pasal.

Delik kesusilaan diatur dalam bab 16 dengan judul “Delik-delik Seksual”. Hubungan seksual di luar nikah dalam KUHP Greenland di kualifikasi sebagai tindak pidana jika;

- 1). Dilakukan dengan pemaksaan/kekerasan atau ancaman kekerasan atau terhadap keluarga dekatnya atau dengan orang yang sakit jiwa (Pasal 51).
- 2). Dilakukan terhadap seorang perempuan yang berada/tergantung di bawah kekuasaannya dengan istilah eksploitasi seksual (Pasal 52).
- 3). Dilakukan terhadap anak-anak di bawah 15 tahun yang berlainan jenis dan terhadap anak-anak di bawah 18 tahun yang berjenis kelamin sama (Pasal 53).
- 4). Dilakukan dengan cara menggoda (memperdayakan) karena usia dan pengalamannya terhadap yang di bawah 18 tahun untuk yang berlainan jenis dan terhadap yang di bawah 21 tahun untuk yang berjenis kelamin sama (Pasal 54).¹⁰⁰

Jenis dan lamanya sanksi pidana tidak ditentukan dalam setiap rumusan deliknya, tapi diserahkan kepada pengadilan untuk menentukan satu atau beberapa sanksi yang akan dikenakan terhadap seorang pelaku dan terhadap delik

¹⁰⁰ *Ibid.*, hal. 151-153

tertentu. Dalam hal-hal tertentu pengadilan dapat juga tidak mengenakan suatu sanksi (Pasal 86).

Adapun jenis-jenis sanksi yang bisa dipilih pengadilan diatur dalam Pasal 85 yaitu:

- 1). Peringatan
- 2). Denda
- 3). Batasan untuk bertempat tinggal dan mengunjungi tempat-tempat tertentu
- 4). Kerja wajib
- 5). Latihan wajib
- 6). Pengobatan medik
- 7). Penempatan di dalam sebuah lembaga
- 8). Pembatasan-pembatasan lain untuk kebebasan berbuat
- 9). Perampasan.

Sanksi-sanksi yang cocok akan dikenakan berdasarkan suatu percobaan (*probation*).¹⁰¹

g. KUHP Malaysia dan Kelantan

Sejak tahun 1824 di negeri Malaysia (saat itu belum bernama Malaysia) sudah ada kodifikasi di bidang hukum pidana. Di negara tersebut berlaku Penal Code yang dibuat berdasarkan Indian Penal Code. Pada tahun 1895 berdiri "*Federation Malay State*" (FMS) yang terdiri dari Negeri Sembilan, Pahang, Perak dan Selangor, sedangkan Johore, Kelantan, Kedah, Perlis dan Trengganu

¹⁰¹ *Ibid.*, hal. 162

berada di luar Federasi tersebut. Tahun 1946 ke sembilan negara tersebut ditambah Penang dan Malaka membentuk *Malayan Union* (Persatuan Tanah Melayu) yang kemudian pada tahun 1948 menjadi *Federasi of Malaya*. Pada tahun 1963 terbentuklah Malaysia yang terdiri dari federasi Malaya, Singapura, Sabah dan Serawak, namun pada tahun 1965, Singapura menjadi negara tersendiri.¹⁰²

Penal Code di negri-negri Malaya diatur dalam *Capitularia 45* dari perundangan FMS tahun 1935. Penal code ini tidak kurang dari dua puluh kali telah mengalami amandemen hingga tahun 1967. Dan yang berlaku dewasa ini adalah yang dicetak oleh Pemerintah Kuala Lumpur pada tahun 1971 No. 2. *Penal Code of The States Malaya* merupakan bagian dari perundangan Federasi Malaya dan merupakan himpunan *Capitularia 45*. Penal Code di Malaysia ini meniru model dari Hukum Pidana India dan dapat digolongkan pada keluarga hukum *Anglo Saxon (Common Law System)*, karena semula berasal dari ketentuan-ketentuan yang tersebar, kemudian dihimpun dan disistematisir. Namun demikian Penal Code ini telah dipengaruhi juga oleh Code Napoleon.¹⁰³

Perbedaan yang sangat mencolok antara KUHP Malaysia dengan KUHP negara lain pada umumnya ialah bahwa KUHP Malaysia tidak terdiri atas Buku I, II dan seterusnya, tetapi langsung terbagi atas bab perbab (23 bab). Dalam Bab I

¹⁰² SR. Sianturi, *Op. Cit.*, hal. 81

¹⁰³ *Ibid.*,

tentang pendahuluan juga tidak tercantum asas legalitas dan aturan peralihan sebagaimana tercantum dalam banyak KUHP di dunia ini.

Delik-delik yang dalam KUHP negara lain masuk dalam ruanglingkup bab kesusilaan, dalam KUHP Malaysia ini tersebar ke dalam beberapa Bab. Bab XIV "*Offences Affecting The Public Health, Safety, Convenience, Decency and Moral*" antara lain mengatur larangan :

- Menjual buku cabul dan sebagainya (Pasal 292)
- Menjual dan sebagainya barang-barang cabul kepada remaja (Pasal 293)
- Menyanyikan lagu-lagu cabul (Pasal 294).

Di samping itu di dalam bab XVI tentang "*Offences Affecting the Human Body*" mengatur delik-delik

- Menyebabkan keguguran (Pasal 312-314)
- Mencegah kelahiran (Pasal 315)
- Meninggalkan atau menelantarkan anak di bawah 12 tahun (Pasal 317)
- Menjual/membeli anak di bawah umur untuk pelacuran dan sebagainya (Pasal 372-373)
- Perkosaan (Pasal 375)
- Perbuatan tidak wajar, yaitu persetubuhan yang bertentangan dengan hukum alam baik terhadap orang maupun binatang (Pasal 377)
- Perbuatan yang tidak senonoh sesama laki-laki (Pasal 377 A).

Selain itu dalam Bab XX tentang "*Offences Relating to Mariage*" ada Pasal pidana tentang "*cohabitation*" (Pasal 493).¹⁰⁴

Pasal khusus yang mengatur tentang delik perzinaan, diatur dalam bab XVI Pasal 377 tentang delik-delik yang tidak wajar yang berbunyi :

"Barangsiapa dengan sengaja melakukan persetubuhan jasmaniah yang bertentangan dengan ketentuan alam dengan seorang laki-laki, wanita, atau hewan, akan dijatuhi pidana penjara seumur hidup, atau pidana penjara selama jangka waktu yang dapat sampai sepuluh tahun, dan dapat juga dijatuhi pidana denda atau pidana dera.

Penjelasan – Penetrasi cukup merupakan persetubuhan jasmaniah yang diperlukan untuk delik yang ditetapkan dalam Pasal ini"¹⁰⁵

Dalam Pasal 377 A juga diatur tentang perbuatan senonoh mengenai kesusilaan yang memidana seorang laki-laki yang melakukan, membantu atau membujuk perbuatan tidak senonoh sesama laki-laki (homoseksual) yang berbunyi :

"Barangsiapa laki-laki, di muka umum atau, secara rahasia, melakukan, atau membantu dilakukannya, atau membujuk atau berusaha membujuk dilakukannya oleh seorang laki-laki, suatu perbuatan yang sangat tidak senonoh dengan seorang laki-laki lain, akan dijatuhi pidana penjara selama jangka waktu yang dapat sampai dua tahun."¹⁰⁶

Kemudian dalam bab XX tentang "Delik-delik yang berkaitan dengan Perkawinan" mengatur pidana bagi laki-laki yang melakukan hubungan seksual dengan seorang wanita yang bukan istrinya, tetapi laki-laki tersebut memperdayai

¹⁰⁴ Barda Nawawi Arief, *Sari Kuliah ..., Op. Cit.*, hal. 175-176

¹⁰⁵ Andi Hamzah (Ed.). *KUHP Malaysia Sebagai Perbandingan. (Teri)*. Ghalia Indonesia. Jakarta, 1987, hal. 230

¹⁰⁶ *Ibid.*

(menipu) sehingga perempuan tersebut percaya bahwa ia adalah istrinya yang sah.

Ketentuan ini diatur dalam Pasal 493 yang selengkapnya berbunyi :

“Setiap laki-laki yang dengan tipuan menyebabkan seorang wanita yang bukan istrinya yang sah percaya bahwa ia adalah istri yang sah dari laki-laki itu, dan hidup bersama atau melakukan hubungan seksual dengan dia atas kepercayaan tersebut, diancam pidana penjara selama tidak lebih dari 10 tahun dan juga denda.”¹⁰⁷

Ada beberapa hal yang perlu ditegaskan sehubungan dengan ketentuan-ketentuan tersebut di atas, terutama Pasal 377 tentang hubungan seksual yang tidak wajar (perzinaan) baik terhadap orang maupun hewan :

- 1). Delik perzinaan dalam KUHP Malaysia dirumuskan sebagai hubungan seksual yang bertentangan dengan alam baik itu dilakukan oleh orang laki-laki/perempuan terhadap lawan jenisnya atau dilakukan terhadap binatang (hewan). Delik perzinaan tidak membedakan apakah pelakunya telah terikat perkawinan/tidak. Oleh karena itu perzinaan meliputi *adultery* maupun *fornication*.
- 2). Delik perzinaan dikualifikasi sebagai delik yang memiliki bobot delik “sangat serius” yang karenanya diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau sepuluh tahun yang dikumulasikan dengan pidana denda atau pidana dera.
- 3). Delik perzinaan dikualifikasi sebagai delik “*gewone delicten*” (delik biasa) yang penuntutannya tanpa harus ada pengaduan dari orang-orang yang dirugikan.

¹⁰⁷ *Ibid.*, hal. 274-275

Di negara bagian Kelantan pada tahun 1993 telah dibentuk Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang bersumber dari Syari'at Islam yang diberi nama "*Syari'at Criminal Code Kelantan*". Kitab Undang-Undang ini sebetulnya sudah disepakati oleh parlemen negara bagian itu, tapi kemudian tidak bisa dilaksanakan karena bertentangan dengan KUHP Malaysia sebagai negara federal, meskipun sebetulnya sudah sejak lama tercatat dalam sejarah bahwa hukum pidana Islam sudah dipraktekkan dalam peradilan Syari'at di Malaysia. Hal ini dibuktikan dengan :

- 1). Ditemukannya Batu Bersurat di Trengganu pada tahun 1898. Prasasti ini bertanggal 17 Rajab 702 H. (22 Pebruari 1303 M), di mana tertulis tentang tindak pidana perzinaan dan sanksinya berdasarkan Syari'at Islam.
- 2). Undang-Undang Malaka yang ditulis antara tahun 1523-1524 M. Undang-undang ini merupakan undang-undang adat yang mendapat pengaruh syari'at Islam, yang di dalamnya memuat delik perzinaan menurut syari'at Islam.
- 3). Undang-undang Pahang yang ditulis pada masa Sultan Abdul Ghafar (1592-1616 M). Undang-undang ini mengatur qishas, zina, murtad dan sebagainya berdasarkan syari'at Islam.
- 4). Undang-undang Johor yang dibuat pada tahun 1203 H. (1788 M), yang pada Pasal 5 sampai dengan 19 berkaitan dengan pelanggaran *jinayah* (pidana Islam), termasuk di dalamnya adalah delik perzinaan.
- 5). Undang-undang Kedah (1893 M) dan undang-undang Sembilan Puluh Sembilan Perak juga mengatur hukum pidana Islam.

Namun sejak kedatangan penjajah Eropa, perkara-perkara pidana Islam sedikit demi sedikit diambil alih oleh peradilan umum, sehingga Mahkamah Syari'at hanya mengadili perkara perdata Islam.¹⁰⁸

Oleh karena itu diciptakannya "*Syari'at Criminal Code Kelantan*", meski memiliki kendala ketatanegaraan, sesungguhnya ingin menghidupkan kembali hukum pidana Islam yang telah lama menjadi bagian dari tata hukum mereka dan yang sesuai dengan nilai-nilai hukum yang bersifat religius di Malaysia, khususnya di negara bagian Kelantan.

Syari'at criminal code Kelantan tidak hanya mengatur hukum pidana materiil (substansi) tetapi juga sekaligus mengatur hukum pidana formal (hukum acara Pidana). Sistematikanya terdiri dari :

- Pendahuluan
- Bagian I : tentang Pelanggaran Hudud
- Bagian II : tentang Qisas
- Bagian III : tentang bukti
- Bagian IV : tentang Bagaimana Hukuman Dilaksanakan
- Bagian V : tentang Ketentuan-ketentuan Umum
- Bagian VI : tentang Pengadilan.

Delik perzinaan diatur dalam Bagian I seksi 10, yang selengkapnya berbunyi :

¹⁰⁸ Topo Santoso, *Membumikan ...*, Op. Cit., hal. 128

- “1).Zina merupakan suatu pelanggaran yang terdiri dari hubungan seksual antara seorang laki-laki dan wanita yang tidak menikah satu sama lain dan hubungan tersebut tidak masuk ke dalam arti “wati syubhah” sebagaimana didefinisikan pada subseksi (3)
- 2). Apabila seorang pelaku pelanggaran menikah secara sah dan mempunyai pengalaman berhubungan seks di dalam pernikahan tersebut, maka pelaku pelanggaran tersebut disebut “muhsan”, tetapi apabila seorang pelaku pelanggaran tidak menikah, atau pernah menikah tetapi belum mengalami hubungan seks di dalam pernikahan tersebut, pelaku pelanggaran tersebut disebut “ghairu muhsan”
- 3). Wati syubhah merupakan hubungan seksual yang dilakukan oleh seorang laki-laki dengan seorang wanita yang bukan istrinya dan hubungan tersebut terjadinya :
 - (a). pada kondisi yang meragukan di mana dianggap bahwa wanita dengan siapa dia berhubungan seksual adalah istrinya, sebenarnya bukan; atau
 - (b). pada kondisi yang meragukan di mana dia percaya bahwa pernikahannya dengan wanita pasangannya dalam melakukan hubungan seksual adalah sah menurut hukum syariah, ketika faktanya pernikahannya dengan wanita tersebut adalah tidak sah.”¹⁰⁹

Adapun sanksi pidananya diatur dalam seksi 11 (sebelas), yang berbunyi :

- “1).Apabila pelaku pelanggaran yang melakukan zina adalah seorang muhsan, maka pelaku pelanggaran tersebut harus dihukum dengan hukuman rajam, hukuman dilempari batu dengan ukuran sedang sampai meninggal.
- 2). Apabila pelaku pelanggaran yang melakukan pelanggaran zina adalah ghairu muhsan, maka pelaku pelanggaran tersebut harus dihukum dengan dicambuk seratus kali cambuk ditambah satu tahun pemenjaraan.”¹¹⁰

¹⁰⁹ *Ibid.*, hal.162-163

¹¹⁰ *Ibid*

Syari'at Criminal Code Kelantan tidak hanya mengatur pidana perzinahan yang dilakukan antara seorang pria dan wanita saja, melainkan juga memidana hubungan seksual antara :¹¹¹

- 1). Laki-laki dengan laki-laki atau laki-laki dengan perempuan yang bukan istrinya dengan cara hubungan seksual melalui anus (*liwath/sodomi*), sebagaimana yang diatur dalam seksi 16 yang berbunyi :

“*Liwath* adalah suatu pelanggaran yang terdiri dari hubungan badan antara seorang laki-laki dan laki-laki lain atau antara seorang laki-laki dengan seorang wanita selain istrinya, melakukan bertentangan dengan tatanan alam, yaitu melalui anus”.

Hukuman *liwath* diatur pada seksi 17 yang berbunyi :

“Siapapun yang melakukan *liwath* harus dihukum dengan hukuman sebagaimana ditentukan untuk zina”.

Dan bukti *liwath* diatur pada seksi 18 yang berbunyi :

“Pelanggaran *liwath* harus dibuktikan dengan cara yang sama sebagaimana ditentukan untuk membuktikan zina.”

- 2). Hubungan seksual antara wanita dengan wanita yang disebut “*Musahaqah*” (lesbian), diatur dalam seksi 19 :

“(1).Musahaqah adalah pelanggaran *ta'zir* yang terdiri dari suatu tindakan pemusan seksual antara wanita dengan menggosokkan vagina dengan vagina, dan hukumnya terserah kepada pertimbangan pengadilan.

(2).Pelanggaran tersebut harus dibuktikan dengan cara yang sama sebagaimana diperlukan untuk membuktikan pelanggaran *ta'zir*”.

¹¹¹ *Ibid.*, hal.166-167

- 3). Hubungan seksual dengan mayat, tidak peduli apakah mayat itu laki-laki atau perempuan, yang disebut sebagai delik "*Ittiyan al-mayittah*" yang diatur dalam seksi 20 :

"Ittiyan al-mayittah adalah suatu pelanggaran melakukan hubungan badan dengan tubuh yang sudah mati, tidak peduli apakah mayat tersebut laki-laki ataupun wanita dan apabila mayat tersebut adalah wanita apakah istri pelaku pelanggaran maupun orang lain; dan siapapun yang melakukan pelanggaran ini harus dihukum tidak lebih dari lima tahun".

- 4). Hubungan seksual dengan hewan yang disebut dengan delik "*Ittiyan al-bahimah*" yang diatur dalam seksi 21 :

"Ittiyan al-bahimah adalah suatu pelanggaran karena melakukan hubungan badan dengan seekor hewan; dan siapapun yang melakukan pelanggaran ini harus dihukum dengan hukuman *ta'zir* pemenjaraan tidak lebih dari lima tahun".

k. KUHP Nigeria

Nigeria adalah sebuah negara Islam dan oleh karena itu KUHPnya mengambil sumber dari syari'at (hukum pidana Islam), yang kemudian diberi nama "*Zamfara State of Negeria, Shari'ah Penal Code Law Januari 2000*".

Delik perzinaan dan delik-delik serupa diatur pada chapter VIII yang berjudul "*Hudud and Hudud Related Offences*"¹¹² Yang mengatur tentang zina (*adultery or fornication*) ada dalam Pasal 126 dan 127 yang berbunyi :

*"126.Zina defined
Whoever, being a man or a woman fully responsible, has sexual intercourse through the genital of a person over whom he has no sexual*

¹¹² Barda Nawawi Arief (Ed)... *Zamfara State of Negeria : Shari'ah Penal Code Law*. Januari 2000, Program Magister Ilmu Hukum Pasca Sarjana Undip, Semarang, 2004, hal. 19-21

fights and in circumstances in which no doubt exists as to the illegality of the act, is guilty of the offence of zina”.

(Siapapun , laki-laki atau perempuan yang dewasa, melakukan hubungan kelamin dengan seseorang yang bukan menjadi haknya, dan tidak diragukan lagi sebagai tindakan illegal adalah bersalah yakni melakukan pelanggaran zina).

“127.Punishment for Zina

Whoever commits the offence of zina shall be punished :

(a) with caning of one hundred lashes if unmarried, and shall also be liable to imprisonment for a term of one year; or

(b) if married, with stoning to death (rajm).

Explanation : Mere penetration is sufficient to constitute the sexual intercourse necessary to the offence of zina”.

(Siapapun yang melakukan zina harus dihukum :

(a) dikenakan denda 100 cambukan dengan rotan jika belum menikah, dan diberi hukuman penjara selama setahun; atau

(b) jika telah menikah dirajam sampai mati).

Penjelasan : Semata-mata penetrasi adalah hal yang cukup untuk mendasari adanya hubungan seksual sebagai pelanggaran zina.

Di samping memidana delik perzinaan, KUHP Negeria juga mengatur pidana dari delik hubungan seksual yang lain yaitu :

1). Sodomi (*liwath*) yang diatur pada Pasal 130 dan hukumannya diatur pada Pasal 131

“130.Sodomy defined

Whoever has carnal intercourse against the order of nature with any man or woman is said to commit the offence of sodomy :

Provided that whoever is compelled by the use of force or threats or without his consent to commit the act of sodomy upon the person of another or be the subject of the act of sodomy, shall not be deemed to have committed the offence”.

(Siapapun yang melakukan hubungan badan betentangan (tidak sesuai) dengan aturan umum, dengan laki-laki atau perempuan maka ia dikatakan melakukan pelanggaran sodomi).

Di samping itu siapapun yang dipaksa baik dengan paksaan atau ancaman dan tanpa kemauannya menjadi korban sodomi (orang yang disodomi) tidak dianggap telah melakukan pelanggaran sodomi).

“131. Punishment for Sodomy.

Whoever commits the offence of sodomy shall be punished :

(a) with caning of one hundred lashes if unmarried, and shall also be liable to imprisonment for a term of one year; or

(b) if married, with stoning to death (rajm)”.

Explanation : Mere penetration is sufficient to constitute carnal intercourse necessary to the offence of sodomy”.

(Siapapun yang melakukan pelanggaran sodomi harus dihukum :

(a) dikenakan denda 100 cambukan dengan rotan jika belum menikah, dan diberi hukuman penjara selama setahun; atau

(b) jika telah menikah dirajam sampai mati.

Penjelasan : Semata-mata penetrasi adalah hal yang cukup untuk mendasari adanya hubungan badan sebagai pelanggaran sodomi).

2). *Incest* (hubungan seks sedarah), yang diatur pada Pasal 132 dan hukumannya ada pada Pasal 133 sebagai berikut

“132. Incest defined

- (1) *Whoever, being a man, has sexual intercourse with a woman who is and whom he knows or has reason to believe to be his daughter, his granddaughter, his mother or any other or his female ascendant or descendants, his sister or the daughter of his sister or brother or his paternal or maternal aunt has committed the offence of incest.*
- (2) *Whoever, being a woman, voluntarily permits a man who is and whom she knows or has reason to believe to be her son, her grandson her father or any othe of her male ascendants or descendants, her brother or the son of her brother of sister or her paternal or maternal uncle to have sexual intercourse with her, has committed the offence of incest".*

- (1) Siapapun laki-laki yang melakukan hubungan seksual dengan perempuan di mana dia tahu bahwa (mempunyai alasan untuk tahu bahwa dia (pr) adalah anak perempuannya, cucunya, ibunya, atau orang yang mempunyai hubungan famili garis ke atas atau ke bawah, saudaranya, anak saudaranya, anak saudaranya, atau bibinya (dari bapak atau ibu) maka dia melakukan pelanggaran *incest*.
- (2) Siapapun perempuan, dengan sukarela mengizinkan seorang laki-laki dan dia (pr) tahu bahwa dia adalah anak laki-laknya, cucu laki-laki, bapaknya, atau laki-laki yang mempunyai hubungan famili garis ke atas atau ke bawah, saudaranya, anak saudaranya, atau anak saudaranya, paman dari bapak atau ibu, yang melakukan hubungan seksual dengannya, maka dikatakan telah melakukan pelanggaran *incest*).

"133. Punishment for Incest

Whoever commits the incest shall be punished :

- (a) *with caning of one hundred lashes if unmarried, and shall also be liable to imprisonment for a term of one year; or*
- (b) *if married, with stoning to death (rajm)".*

(Siapapun yang melakukan pelanggaran incest harus dihukum :

(a) dikenakan denda 100 cambukan dengan rotan jika belum menikah, dan
diberi hukuman penjara selama setahun; atau

(b) jika telah menikah dirajam sampai mati).

3). Lesbian (*sihaq*), yang diatur pada Pasal 134 dan hukuman pidananya ada pada
Pasal 135, sebagai berikut :

“134. Lesbianism defined

*Whoever being a woman engages another woman in carnal intercourse
through her sexual organ or by means of stimulation or sexual excitement of
one another has committed the offence of Lesbianism.”*

(Siapapun perempuan yang melibatkan perempuan lain untuk melakukan
hubungan badan baik melalui kelamin, atau dengan maksud memberikan
kegembiraan (kepuasan) seksual bagi perempuan lain, maka ia telah
melakukan pelanggaran lesbianisme).

“135. Punishment for Lesbianism

*Whoever commits the offence of lesbianism shall be punished with
canning which may extend to fifty lashes and in addition be sentenced to
a term of imprisonment which may extend to six months.*

*Explanation : The offence is committed by the unnatural fusion of the
female sexual organs and or by the use of natural or artificial means to
stimulate or attain sexual satisfaction or excitement.”*

(Siapapun yang melakukan pelanggaran lesbianisme harus dihukum dengan
dikenai cambukan dengan rotan sampai maksimum 50 kali, dan sebagai
tambahan dipenjarakan sampai maksimum 6 bulan.

Penjelasan :

Pelanggaran dapat dilakukan dengan penggabungan organ seksual wanita yang tak wajar dan atau dengan menggunakan alat tiruan atau alami untuk merangsang atau mencapai kepuasan seksual).

- 4). *Bestiality (wat'I al Bahimah)*, yaitu hubungan seksual dengan binatang, yang diatur pada Pasal 136 dan ancaman pidananya ada pada Pasal 137, sebagai berikut :

"136. Bestiality difined

Whoever being a man or woman has carnal intercourse with any animal is said to commit the offence of bestiality".

(Siapapun laki-laki atau perempuan yang berhubungan badan dengan hewan, maka telah melakukan pelanggaran *bestiality* (berhubungan badan dengan hewan).

Hukuman hubungan badan dengan hewan :

"137. Punishment for Bestiality

Whoever commits the offence of bestiality shall be punished with canning of fifty lashes and in addition be sentenced to a term of imprisonment of six months.

Explanation : Mere penetration is suffiecient to constitute carnal intercourse necessary to the offence of bestiality".

(Siapapun yang melakukan pelanggaran hubungan badan dengan hewan (*bestiality*) harus dihukum dipenjarakan selama 6 bulan.

Penjelasan :

Semata-mata penetrasi adalah hal yang cukup untuk mendasari adanya hubungan badan sebagai pelanggaran *bestiality*).

Dari berbagai uraian tentang kebijakan formulasi delik perzinaan yang telah dirumuskan oleh berbagai KUHP negara asing dan perbandingannya dengan KUHP Indonesia, maka untuk mempermudah dalam memperbandingkan antara KUHP yang satu dengan yang lain dapat dilihat pada tabel 1 berikut ini :

TABEL 1
PERBANDINGAN FORMULASI DELIK PERZINAAN DALAM KUHP BERBAGAI NEGARA

NO	KUHP NEGARA	HUBUNGAN SEKSUAL YANG DIFORMULASI SEBAGAI DELIK	SIFAT DELIK	PIDANA
1.	Indonesia	<i>Zina Adultry</i>	<i>Absolut Klacht delict</i>	Penjara max 9 bulan
2.	Prancis	1. <i>Zina Adultry</i>	<i>Absolut Klacht delict</i>	Tutupan minimum 3 bulan max. 2 tahun untuk pelaku. Adapun untuk pelaku peserta sama dengan di atas ditambah denda 36.000 sampai 720.000 Franc
		2. Kumpul Kebo (pergundikan)	<i>Absolut Klacht delict</i>	Denda 36.000 sampai 720.000 Franc
3.	Belanda	Zina bukan sebagai delik kecuali dilakukan dengan paksaan terhadap orang yang lemah pikiran, anak di bawah umur dan yang tidak berdaya	-	-
4.	Inggris	Zina bukan sebagai delik kecuali dilakukan dengan paksaan dan lain-lain. Hanya memidana <i>Incest</i> dan <i>buggery</i>	-	-
5.	Thailand	Zina bukan sebagai delik kecuali dilakukan dengan paksaan dan sejenisnya terhadap gadis di bawah 13	-	-

		tahun dan sebagai matapencabarian (pelacuran)		
6.	Jepang	Zina bukan sebagai delik kecuali dilakukan dengan kekerasan dan sejenisnya, terhadap gadis di bawah 13 tahun	-	-
7.	Argentina	1. <i>Zina Adultry</i> 2. Pergundikan baik dalam rumah tangga/di luar rumah tangga.	Tuntutan Pribadi	Tutupan min. 1 bln. max 1 th.
8.	Austria	<i>Zina Adultry</i>	<i>Absolut Klacht delict</i>	Kurungan min. 1 bl. Max. 6 bl
9.	Korea	<i>Zina Adultry</i>	<i>Absolut Klacht delict</i>	Perampasan kemerdekaan max. 2 tahun
10.	Greenland	Zina bukan sebagai delik kecuali dengan perkosaan, terhadap perempuan yang berada di bawah kekuasaannya, terhadap anak-anak di bawah 15 tahun, dengan memperdaya	-	-
11.	Malaysia	<i>Zina Adultry</i> dan <i>Fornication</i>	<i>Gewone Delicten</i>	Penjara seumur hidup atau 10 tahun dan denda atau dera.
12.	Kelantan	1. <i>Zina Adultry (muhsan)</i> 2. <i>Zina Fornication (ghoiru muhsan)</i>	<i>Gewone Delicten</i>	<i>Rajam</i> sampai mati
		3. Sodom (tiwath)	<i>Gewone Delicten</i>	Cambuk 100x dan 1 tahun penjara
				Sama dengan zina baik <i>Adultry/Fornication</i>

		4. <i>Ittayan al-mayit</i> (zina dengan orang mati)	Gewone Delicten	Penjara max. 5 tahun
		5. <i>Musahagah</i> (lesbian)	Gewone Delicten	<i>Ta'zir</i>
		6. <i>Ittayan al-bahimah</i> (zina dengan hewan)	Gewone Delicten	Penjara max. 5 tahun
13.	Nigeria	1. <i>Zina Adultry (muhson)</i>	Gewone Delicten	<i>Dir'ajam</i> sampai mati
		2. <i>Zina Fornication (ghoiru muhson)</i>	Gewone Delicten	Cambuk 100x dan 1 tahun penjara
		3. <i>Sodomi (Inwath)</i>	Gewone Delicten	Sama dengan zina baik <i>Adultry/Fornication</i>
		4. <i>Incest</i>	Gewone Delicten	Sama dengan zina baik <i>Adultry/Fornication</i>
		5. Lesbian	Gewone Delicten	Cambuk 50x dan penjara max 6 bulan
		6. <i>Bestiality</i> (zina dengan hewan)	Gewone Delicten	Cambuk 50x dan penjara max 6 bulan

Dari uraian dan tabel 1 di atas dapat dijelaskan bahwa kebijakan formulasi delik perzinaan di berbagai negara melalui KUHPnya masing-masing dapat di golongan ke dalam tiga kelompok :

Kelompok Pertama : adalah negara yang sama sekali tidak memandang perzinaan sebagai sebuah delik, kecuali bila hubungan seksual itu dilakukan dengan paksaan atau yang sejenisnya, memperdaya, dengan orang yang lemah pikiran dan lemah posisi, anak di bawah umur dan di negara-negara tertentu *incest* dan *buggery*. Negara-negara yang masuk pada kelompok pertama ini meliputi negara Belanda, Inggris, Thailand, Jepang dan Greenland.

Kelompok Kedua : adalah negara-negara yang memandang perzinaan sebagai tindak pidana, tetapi perzinaan di sini hanya meliputi *Adultery* yakni jika salah satu pelakunya sudah terikat oleh perkawinan. Kelompok kedua ini menetapkan bahwa perzinaan bersifat delik aduan absolut (*Absolut Klacht Delict*) yang artinya hanya istri dan suaminya saja yang berhak melakukan pengaduan. Dalam KUHP Argentina istilah yang digunakan adalah delik dengan tuntutan pribadi. Negara-negara pada kelompok kedua ini memandang perzinaan sebagai delik yang memiliki bobot ringan, sebagai ancaman pidananya paling maksimum 2 tahun, tetapi beberapa negara menggunakan sistem pidana minimum khusus, meskipun tergolong berbobot delik ringan. Negara-negara yang masuk dalam kelompok kedua ini meliputi negara Prancis, Argentina, Austria, Korea, termasuk di dalamnya adalah Indonesia.

Kelompok ketiga : adalah negara-negara yang merumuskan perzinaan dalam segala bentuknya baik *Adultery* (muhsan) maupun *Fornication* (*ghairu muhsan*) sebagai tindak pidana. Negara yang masuk pada kelompok ketiga ini meliputi; Malaysia, Kelantan, dan Nigeria.

Negara-negara kelompok ketiga ini menetapkan bahwa perzinaan termasuk delik biasa (*gewone delicten*) dan dipandang sebagai kejahatan yang memiliki bobot sangat berat/serius, sehingga ancaman pidananya maksimal hukuman mati bagi *adultery*. Di negara bagian Kelantan dan Nigeria bahkan memidana juga perbuatan zina dengan segala variasinya seperti sodomi, *incest*, lesbian, *bestiality* dengan ancaman hukuman yang sama atau hampir seimbang dengan perzinaan.

Negara-negara pada kelompok ketiga ini adalah negara yang penduduknya mayoritas beragama Islam sehingga formulasi delik perzinaan mendapat pengaruh yang kuat dari nilai-nilai hukum Islam. Bahkan negara bagian Kelantan dan Nigeria memang mendasarkan hukum pidananya pada hukum Islam (*Jinayah*). Di negara-negara pada kelompok ketiga ini moralitas dan agama tidak saja memiliki pengaruh dan hubungan yang sangat kuat terhadap hukum, tetapi bahkan menjadikannya sebagai sumber dalam perumusan hukum pidana. Perzinaan dijadikan sebagai delik bukan semata-mata karena merugikan orang lain, tetapi karena perbuatan tersebut bertentangan dengan kaidah agama dan bahkan merupakan kejahatan yang keji, berat dan berbahaya, yang karenanya dikualifikasi sebagai kejahatan yang berbobot delik berat/serius.

Jika pada kelompok pertama tidak memidana perzinaan dan kelompok kedua memidana hanya pada *adultery* dengan sanksi pidana yang ringan itu karena memang nilai-nilai budaya, moral dan agama yang dianut oleh mereka memandang perzinaan itu adalah persoalan *privacy*, tetapi di negara yang menganggap bahwa perzinaan adalah masalah sosial dan berdampak sangat buruk dan didukung oleh budaya masyarakatnya yang masih memegang teguh nilai-nilai moral dan agama, seperti halnya Indonesia, maka formulasi delik perzinaan yang telah dirumuskan KUHP adalah sebuah aturan yang tidak berorientasi pada pendekatan kebijakan dan nilai yang karenanya perlu adanya reorientasi, reformulasi dan reformasi.

2. *Prospek Kebijakan Formulasi Delik Perzinaan dalam Pembaharuan KUHP di Indonesia*

Pembangunan hukum menuju terwujudnya sistem hukum nasional yang bersumber pada Pancasila dan UUD 1945 masih menghadapi berbagai macam tantangan baik yang berkait dengan materi hukum sebagai komponen substantif, institusi sebagai komponen struktural, dan kesadaran hukum masyarakat sebagai komponen kultural. Dalam rangka mewujudkan sistem hukum nasional yang demikian itu, pembangunan hukum sebagaimana digariskan dalam GBHN mencakup tiga sektor penting, yaitu: (1) pembangunan materi hukum, (2) pembinaan aparatur hukum, dan (3) pembangunan sarana dan prasarana hukum. Dengan ungkapan lain Asshiddiqie berpendapat pembangunan hukum sebenarnya

menyangkut aspek dan dimensi yang sangat luas yang berhubungan erat dengan (1) *law making process*, (2) *law enforcement*, dan (3) *legal awareness*".¹¹³

Apabila hukum nasional dipandang sebagai cerminan atau ekspresi dari realitas kesadaran bangsa Indonesia, pembentukan dan pembaharuan hukum nasional dewasa ini menjadi sesuatu yang urgen. Alkotsar menyatakan salah satu konsekuensi dari Proklamasi Kemerdekaan Republik Indonesia 17 Agustus 1945, adalah adanya tugas yuridis untuk menciptakan tata dan aturan hukum sesuai dengan kedudukan negara Indonesia yang merdeka, yaitu sistem hukum yang tidak kolonialis dan diskriminatif. Tugas yuridis tersebut sampai saat ini masih menjadi tunggakan sejarah. Hal ini terbukti dari adanya sejumlah peraturan perundang-undangan warisan penjajah yang belum tentu sesuai dengan realitas kesadaran bangsa Indonesia, dengan ketentuan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 kini tetap berlaku dan menjadi bagian hukum nasional Indonesia.¹¹⁴ Selain dihadapkan kepada tantangan masih adanya sejumlah produk hukum kolonial, pembangunan hukum nasional juga dihadapkan kepada tantangan baru yang hadir bersamaan dengan era globalisasi.

Dalam kaitannya dengan penegakan hukum, sejumlah tantangan berat juga hadir terlebih dalam situasi merebaknya *public distrust* terhadap negara, hukum, dan aparatur penegak hukum. Di sisi lain hukum harus selalu ditegakkan.

¹¹³ Jimly Assidique, *Agenda Pembangunan Hukum Nasional di Abad Globalisasi*, Balai Pustaka, Jakarta, 1988, hal. 65

¹¹⁴ Antidjo Alkotsar, "Pembangunan Hukum dan Keadilan" dalam Moh. Mafud MD., dkk. (Ed.), *Kritik Sosial dalam Wacana Pembangunan*, UII Press, Yogyakarta, 1999, hal. 335

Hukum tidak bisa tegak dengan sendirinya.¹¹⁵ artinya ia tidak mampu untuk mewujudkan sendiri janji-janji serta kehendak-kehendak yang tercantum dalam hukum itu. Penegakan hukum akan melibatkan manusia, dalam hal ini khususnya aparat penegak hukum.

Apabila *public distrust* terhadap aparat penegak hukum berkembang, maka sulit untuk dapat melakukan penegakan hukum secara baik. Kondisi semacam ini diperparah oleh semakin terbukanya informasi dan interaksi manusia dalam era globalisasi ini.

Era globalisasi merupakan suatu era yang menampilkan dunia dalam karakter dan citra yang sama sekali berbeda dibanding dengan sebelumnya. Keadaan dunia digambarkan sebagai dunia tanpa batas (*the borderless world*), sehingga dalam era globalisasi semakin menguat citra desa dunia (*global village*), Proses transparansi dunia dalam era globalisasi menjadikan suatu peristiwa yang terjadi disatu tempat dengan cepat akan diketahui dan sekaligus berpengaruh di tempat lain. Globalisasi menimbulkan perubahan-perubahan yang dapat dikategorikan *revolusioner* dibandingkan dengan perubahan-perubahan sebelumnya. Perubahan-perubahan itu mencapai tingkat akumulasi dan akselerasi yang tinggi terutama berkat kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi yang demikian pesat, khususnya ilmu pengetahuan dan teknologi di bidang informasi, komunikasi dan transportasi.

¹¹⁵ Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum; Suatu Tinjauan Sosiologis*, Sinar Baru, Bandung, tth., hal. 11

Kemajuan teknologi informasi, komunikasi dan transportasi dalam era globalisasi sekarang ini telah menerobos ke segala pelosok dunia serta menyebarkan pengaruhnya secara massal. Dapat dikatakan bahwa hampir tidak ada tempat dibelahan bumi ini yang tidak berada dalam pengaruh perkembangan global dewasa ini. Negara-negara pada era globalisasi menjadi lebih transparan, berada dalam lintas pengaruh dan penetrasi sistem budaya modern dalam pelbagai aspeknya baik sosial, politik, ekonomi, maupun pertahanan keamanan.

Di samping hal-hal di atas, ada kendala dan tantangan lain yang dihadapi oleh bangsa Indonesia dalam upaya pembaharuan hukum, tidak terkecuali hukum pidana, yakni situasi dan kondisi politik hukum nasional ditandai dengan adanya perbenturan kepentingan antara golongan-golongan ideologi dalam hukum, hukum barat, hukum adat dan hukum Islam.

Seorang sarjana sosial politik asing yang banyak meneliti soal-soal hukum di Indonesia, Daniel S. Lev, sebagaimana yang telah dikutip oleh Bustanul Arifin, menyatakan bahwa sulitnya unifikasi dan pembaharuan hukum nasional di Indonesia pasca kolonial adalah akibat adanya pertentangan kepentingan antara golongan-golongan ideologi dalam hukum : hukum barat (Belanda), Hukum adat, dan Hukum Islam. Sehingga hukum lama itu tetap juga dipakai, karena untuk menggantinya sulit mencapai konsensus¹¹⁶, masing-masing golongan berkepentingan untuk memasukkan ideologi hukumnya.

¹¹⁶ Prof. DR. H. Bustanul Arifin, SH., *Transformasi Syari'ah ke dalam Hukum Nasional*, Yayasan al Hikmah, Jakarta, tahun 1999, hal 11

Perbenturan ketiga sistem hukum tersebut terekayasa oleh politik hukum kolonial Belanda, terutama lewat *Adatrecht poliliek*, mereka menampilkan suatu ketentuan untuk menempatkan hukum Islam di bawah sistem hukum adat. Bukti perbedaan antara kedua sistem hukum (Islam dan Adat) begitu jelas pada saat itu, sehingga meyakinkan Belanda akan kemustahilan adanya solusi yang harmonis dalam hubungan antara keduanya pada saat muncul konflik antara kedua sistem hukum, kebijakan Belanda secara sistematis pasti akan memihak kepada hukum adat.¹¹⁷

Tujuan politis yang khusus dari *Adatrecht politiek* Belanda ini faktanya diakui sendiri oleh Van Vollenhouven, dengan menyatakan bahwa "penghancuran hukum adat tidak akan melicinkan jalan bagi kodifikasi hukum kita, akan tetapi bagi kekisruhan sosial dan Islam."¹¹⁸ Karena keengganan secara teoritis untuk mengakui pengaruh-pengaruh asing ke dalam Hukum Adat dan ketakutan mereka akan ekspansi Islam, maka para ahli hukum Adat telah begitu banyak menghabiskan energi intelektual mereka untuk membuktikan bahwa Islam hanya mempunyai pengaruh yang sedikit terhadap adat.¹¹⁹ Sementara itu, institusi-institusi Islam ditekan dan disubordinasi oleh suatu teori "*teori resepsi*" yang menempatkan kevalidan Hukum Islam hanya sejauh yang telah diterima dalam

¹¹⁷ Daniel S. Lev, *Islamic Courts in Indonesia*, University of California Press, Bekeley, 1972, hal. 9-10.

¹¹⁸ J.F. Holleman, *Van Vollen Howen on Indonesian Adat Law*, sebagaimana dikutip oleh Ratna Loekito, *Pergumulan antara Hukum Islam dan Adat di Indonesia*, INIS, Jakarta, 1998, hal. 42.

¹¹⁹ *Ibid.*

hukum Adat.¹²⁰ Sehingga tampak jelas upaya kolonial Belanda untuk mengadu domba antara kelompok Islam dengan kelompok Adat, sehingga kekuatan Islam dengan segala aspeknya dapat dikendalikan, untuk selanjutnya dapat menerapkan dengan mudah sistem hukum Belanda di tanah air, sebagai bagian dari upaya mempertahankan kolonialisme di Indonesia.

Hingga sekarang perbenturan-perbenturan hukum tersebut masih tersisa dan selalu menjadi kendala dalam pembaharuan hukum di Indonesia. Setiap upaya pembaharuan hukum yang menyentuh salah satu dari ketiga sistem hukum tersebut pasti menimbulkan sikap-sikap kontroversial dalam proses legislasinya. Indonesia sebagai masyarakat yang religius, nilai-nilai religiusitasnya kurang mendapatkan penghargaan dalam politik hukum nasional, terutama di wilayah hukum pidana.

Sebagaimana yang telah diuraikan dalam bab pendahuluan, bahwa upaya pembaharuan KUHP secara total sudah dimulai sejak tahun 1964. Pada tahun itulah konsep KUHP pertamakali dirumuskan yang kemudian diikuti konsep 1968, konsep 1971/1972, konsep BAS (1977), konsep 1979, konsep 1982/1983, konsep 1984/1985, konsep 1985/1986, konsep 1986/1987, konsep 1987/1988, konsep 1989/1990, konsep 1990/1991 yang kemudian terus direvisi dengan konsep 1993, 1997/1998, konsep 1999/2000, konsep 2002 dan yang terakhir adalah konsep KUHP tahun 2004.

¹²⁰ *Ibid*

Gagasan perubahan demi perubahan seperti disebut di muka, pada dasarnya tidak terlepas dari pertimbangan-pertimbangan politis, filosofis, sosiologis, dan pertimbangan praktis yang menjadi alasan dilakukannya pembaharuan KUHP itu. Salah satu implikasi dari pertimbangan-pertimbangan itu adalah bahwa perumusan ketentuan dalam KUHP baru itu seyogyanya merupakan produk kesadaran hukum masyarakat Indonesia sendiri atau, paling tidak, merupakan perumusan yang dekat dengan kesadaran hukum masyarakat Indonesia. Artinya, perumusan ketentuan hukum baru itu jangan sampai semata-mata merupakan produk kesadaran hukum Barat sebagaimana tampil dalam kenyataan KUHP lama yang merupakan warisan penjajahan Belanda di Indonesia.

Konsep KUHP yang telah mengalami 17 (tujuh belas) kali perubahan ini, khusus mengenai formulasi delik perzinaan juga senantiasa berubah-ubah seiring aspirasi yang berkembang dalam masyarakat dan yang tidak kalah pengaruhnya adalah persepsi dari para perumus terhadap delik perzinaan itu sendiri.

Konsep BAS (1977) misalnya, merumuskan delik perzinaan ini sebagai delik biasa, bukan aduan absolut seperti dalam rumusan KUHP pasal 284 ayat (2). Di samping itu dikriminalisasi delik baru mengenai persetubuhan di luar nikah yang berakibat hamil dan tidak bersedia mengawininya (pasal 301). Sifat delik dari perzinaan yang oleh konsep BAS diubah sebagai delik biasa ini, oleh konsep 1991/1992 dikembalikan lagi menjadi delik aduan. Hanya saja konsep 1991/1992

memperluas delik perzinaan sebagaimana yang diatur dalam pasal 14.10 yakni tentang :

- Dua orang yang belum kawin melakukan persetubuhan (di luar nikah) yang mengganggu perasaan kesusilaan masyarakat setempat.
- Laki-laki yang bersetubuh dengan seorang perempuan dengan janji akan dinikahi, tetapi kemudian diingkari.
- Laki-laki yang tidak beristri, menghamili seorang perempuan yang tidak bersuami, tetapi ia tidak bersedia menikahi atau ada halangan untuk menikah menurut undang-undang perkawinan.

Kumpul kebo yang mengganggu perasaan kesusilaan masyarakat setempat juga dikriminalisasi pada pasal 14.10a.¹²¹

Sampai dengan konsep KUHP 1999/2000 kebijakan perumusan delik perzinaan masih tetap sama dengan konsep KUHP 1991/1992. Perubahan yang sangat mendasar terjadi pada konsep KUHP tahun 2004, delik perzinaan masuk pada Bab XVI tentang tindak pidana kesusilaan yang diatur pada bagian keempat, khusus mengenai perzinaan diatur pada pasal 484 yang berbunyi :

“(1). Dipidana karena zina, dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun :

- a. laki-laki yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan yang bukan istrinya;
- b. perempuan yang berada dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki yang bukan suaminya;
- c. laki-laki yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan perempuan, padahal diketahui bahwa perempuan tersebut berada dalam ikatan perkawinan;

¹²¹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan ...*, Op. Cit, hal. 297-302

- d. perempuan yang tidak dalam ikatan perkawinan melakukan persetubuhan dengan laki-laki, padahal diketahui bahwa laki-laki tersebut berada dalam ikatan perkawinan; atau
 - e. laki-laki dan perempuan yang masing-masing tidak terikat dalam perkawinan yang sah melakukan persetubuhan.
- (2). Tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak dilakukan penuntutan kecuali atas pengaduan suami, istri, atau pihak ketiga yang tercemar.
 - (3). Terhadap pengaduan sebagaimana dimaksud ayat (2) tidak berlaku ketentuan pasal 24, pasal 25, dan pasal 27.
 - (4). Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan di sidang pengadilan belum selesai.”¹²²

Dalam konsep tahun 2004 juga memidana delik-delik lain yang berkaitan dengan perzinaan,¹²³ yaitu :

- a. Persetubuhan dengan anak-anak (pasal 485) dengan rumusan sebagai berikut :
 “setiap orang yang melakukan persetubuhan dengan anak-anak, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 2 (dua) tahun 6 (enam) bulan dan paling lama 12 (duabelas) tahun dan pidana denda paling sedikit kategori IV dan paling banyak kategori VI”.
- b. Kumpul kebo (pasal 487) dengan rumusan sebagai berikut : “setiap orang yang melakukan hidup bersama sebagai suami istri di luar perkawinan yang sah, dipidana pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun dan denda paling banyak kategori III.”

¹²² Direktorat Jendral Peraturan Perundangan Dep Kum dan Ham, *Rancangan KUHP*, Jakarta, 2004, hal. 121

¹²³ *Ibid.*, hal, 22

- c. Pelacuran (pasal 487) dengan rumusan sebagai berikut : “setiap orang yang bergelandangan dan berkeliaran di jalan atau di tempat umum dengan tujuan melacurkan diri, dipidana denda pidana paling banyak kategori I.”
- d. *Incest* dan terhadap anak yang belum kawin di bawah 18 tahun (pasal 488) dengan rumusan sebagai berikut :

- “(1). Setiap orang yang melakukan persetubunan dengan seseorang yang diketahuinya bahwa orang tersebut anggota keluarga sedarah dalam garis lurus atau ke samping sampai derajat ketiga, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 12 (dua belas) tahun.
- (2). Jika tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan oleh laki-laki terhadap perempuan yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun dan belum kawin, maka pembuat tindak pidana dipidana dengan pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun.”

Kebijakan formulasi delik perzinahan yang telah dirumuskan pasal 484 KUHP tahun 2004 di atas merupakan kebijakan yang cukup progresif yang ingin menampung aspirasi yang berkembang di masyarakat, khususnya umat Islam yang merupakan penghuni terbesar di wilayah tanah air Indonesia. Kebijakan yang cukup progresif ini terlihat pada :

- a. Konsep melakukan kriminalisasi terhadap hubungan seksual yang dilakukan oleh pria dan wanita yang sama-sama tidak terikat oleh perkawinan (*fornication/zina ghoiru muhson*), dengan tidak mensyaratkan adanya perasaan kesusilaan masyarakat yang terganggu, sebagaimana konsep 1991/1992 sampai dengan konsep 1999/2000. Jadi delik perzinahan dalam

konsep 2004 meliputi *adultery (zina muhsan)* dan *fornication (zina ghoiru muhsan)*.

Penjelasan terhadap pasal 484 konsep KUHP 2004 menyatakan bahwa ketentuan dalam pasal ini mengatur tindak pidana permukahan, dengan tidak membedakan antara mereka yang telah kawin dengan yang belum kawin. Begitu pula tidak dibedakan antara laki-laki dan perempuan dalam melakukan tindak pidana.

- b. Konsep memperbaharui sifat delik perzinaan dari delik aduan absolut, sebagaimana kebijakan KUHP sekarang, menjadi delik aduan relatif. Bukan hanya suami/istri saja yang berhak mengadu, tetapi ada juga pihak lain yang ikut tercemar yang bisa melakukan aduan. Sebagaimana yang telah disebut di muka sejak konsep BAS (1997) sampai dengan sebelum konsep 1991/1992 delik perzinaan dikualifikasi sebagai delik biasa (*gewone delicten*). Perubahan dari delik aduan absolut menjadi delik aduan relatif nampaknya ingin mengambil jalan tengah dari pandangan yang saling konfrontatif antara yang menginginkan perzinaan sebagai delik aduan karena bersifat *privat*, dengan pihak yang menghendaki agar perzinaan dijadikan sebagai delik biasa karena merugikan masyarakat dan bahkan merupakan masalah/penyakit masyarakat yang berbahaya. Jalan tengah ini nampaknya diambil oleh para perumus untuk mengakomodasi asas keseimbangan antara kepentingan individu (*privat*) dengan kepentingan masyarakat.

Di muka telah dijelaskan formulasi delik perzinaan dalam KUHP dan analisisnya dari perspektif kebijakan kriminal, kemudian juga telah dikomparasikan dengan berbagai KUHP negara-negara asing, dan yang terakhir telah diuraikan pula bagaimana delik perzinaan itu diformulasikan dalam konsep KUHP terakhir (2004). Berikut ini penulis akan mendeskripsikan hasil penelitian penulis mengenai sejauhmana pendapat masyarakat terhadap delik perzinaan. Pendekatan yuridis-empiris ini sangat penting untuk mengetahui nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat yang selanjutnya akan menjadi dasar bagi reformulasi delik perzinaan dalam KUHP dimasa yang akan datang.

Menurut Jimly Asshiddiqie sebuah aturan hukum dapat dianggap berlaku jika telah memenuhi keberlakuan secara yuridis, filosofis dan sosiologis.¹²⁴ Bahkan menurut pandangan yang sosiologis, sesuatu itu dapat disebut sebagai hukum, bukan karena ia telah diundangkan secara resmi, tetapi karena ia memang senyatanya diakui berlakunya oleh warga masyarakat.¹²⁵ Satjipta Rahardjo dalam sebuah karyanya menekankan pentingnya pendapat umum (teori persetujuan) dalam proses legislasi yang tidak hanya menunjukkan adanya integritas moral dari hukum sebagaimana yang diidamkan oleh rakyat, tetapi ia bahkan juga bisa menjurus kepada pemberian pertanggungjawaban bagi pembuatan hukum yang sebetulnya kurang baik dilihat dari segi pertimbangan moralitas.

¹²⁴ Jimly Assidique, *Pembaharuan ...*, *Op. Cit.*, hal. 11-12

¹²⁵ Frans Maqnis Suseno, *Etika Politik*, Gramedia, Jakarta, 1987, hal. 73-74

Satjipto juga menjelaskan bahwa pendapat umum ini mempunyai latar belakang berkaitan dengan masalah efektivitas berlakunya hukum. Suatu pembuatan hukum yang dilakukan tanpa memperhatikan pendapat umum mengandung resiko untuk tidak dijalankan dengan baik. Keadaan yang demikian ini lebih-lebih akan terjadi manakala pembuatan hukum itu melibatkan pendapat-pendapat yang bertentangan dalam masyarakat. Apabila negara tetap memaksakan kehendaknya untuk meloloskan hukum atau undang-undang yang isinya mendapatkan tentangan dari masyarakat, maka ongkos sosial yang harus dikeluarkan untuk melaksanakannya (penegakannya, pen.) bisa tinggi.¹²⁶

Sehubungan dengan hal tersebut, penulis melakukan survei lapangan dengan menyebarkan kuesioner/angket kepada para responden yang berjumlah 300 orang yang diambil secara acak dari 6 Kecamatan yang ada di wilayah Kota Semarang yang masing-masing Kecamatan Tugu, Mijen dan Ngaliyan mewakili wilayah pinggir kota dan Kecamatan Semarang Barat, Semarang Timur dan Semarang Tengah mewakili wilayah kota.

Responden yang berjumlah 300 orang ini, 157 responden (52,4%) terdiri dari jenis kelamin perempuan dan sisanya 143 responden (47,6%) berjenis kelamin laki-laki. Dari 300 responden ini sebagian besar memang beragama Islam yakni 245 responden (81,7%) dan sisanya 55 responden (18,3%) beragama Kristen.

Untuk mengetahui pendapat responden akan perlunya pembedaan bagi *ma enouru munson (tornicator)*, para responden diminta persetujuan atau

¹²⁶ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, cet. 5, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hal. 155-157.

penolakan sikap mereka terhadap pertanyaan “apakah seorang laki-laki bujangan dan wanita gadis (keduanya belum/tidak terikat tali perkawinan) yang melakukan hubungan seksual di luar nikah harus di hukum?”, dengan cara mengisi/memilih empat alternatif jawaban; setuju sekali, setuju, tidak setuju dan tidak setuju sekali. Data yang dikumpulkan menunjukkan bahwa 255 responden (85%) memberi persetujuan mereka untuk menghukum fornicator; 81 responden (27%) menyatakan setuju sekali, dan 174 responden (58%) menyatakan setuju, sementara 45 responden saja (15%) yang tidak memberikan persetujuannya untuk menghukum fornicator; 41 responden (13,7%) menyatakan tidak setuju dan 4 responden (1,3%) menyatakan tidak setuju sekali (tabel 2)

Data ini menunjukkan bahwa mayoritas responden (255 atau 85%) menghendaki agar fornicator dihukum pidana. Dari 255 responden ini, 205 responden beragama Islam dan 50 responden beragama non Islam. Artinya bahwa perlunya pembedaan bagi *fornicator* bukan hanya dikehendaki oleh responden muslim, tetapi juga mayoritas responden yang non muslim.

Responden yang setuju untuk memidana *fornicator* (255 responden) kemudian diminta untuk menyatakan pendapat mereka tentang jenis hukuman apa yang dapat dikenakan untuk para *fornicator*, dengan bentuk pertanyaan “jika pilihanmu setuju atau sangat setuju, hukuman apa yang harus dikenakan untuk pelaku pezina yang sama-sama masih lajang tersebut?”.

Untuk pertanyaan ini responden diberi kolom kosong untuk memberi keleluasaan jawaban responden. Data menunjukkan sangat bervariasinya jenis hukuman yang

di pilih oleh para responden, yakni 26 responden (10,2%) menyatakan pidana cambuk 100x, 88 responden (34,5%) menyerahkan hukumannya pada hakim, 33 responden (13%) menyatakan untuk dipaksa nikah, 64 responden (25%) menyatakan hukuman sesuai peraturan yang berlaku, 9 responden (3,5%) menyatakan sanksi pengasingan dari hubungan sosial, 5 responden (1,9%) menyatakan hukuman di usir dari tempat di mana ia tinggal, 6 responden (2,3%) menyatakan hukuman diserahkan saja pada Tuhan di akherat, dan sisanya 14 responden (5,4%) menyatakan tidak tahu atau tidak menjawab (lihat tabel 3).

Kenyataan ini menunjukkan bahwa meskipun mayoritas responden setuju untuk memidana *fornicator* tapi mereka beraneka ragam pendapatnya tentang pidana yang cocok untuk mereka. Sungguhpun mayoritas mereka beragama Islam tapi hanya 26 responden (10,2%) saja yang menghendaki diberlakukannya pidana Islam (100x cambukan). Itu artinya bahwa pembedaan terhadap *fornicator* sudah menjadi norma sosial, sementara jenis pidana menurut hukum Islam (hukuman cambuk) belum menjadi norma sosial.

Selanjutnya responden juga dimintai pendapatnya tentang pembedaan bagi pezina *Adultery*. Mereka pertama-tama dimintai untuk memberikan persetujuan atau penolakan mereka terhadap statemen "Pria dan wanita yang sudah menikah melakukan hubungan seksual di luar pernikahan harus dihukum pidana".

Data menunjukkan bahwa 279 responden (93%) menyatakan persetujuannya, dengan rincian 116 responden (38,6%) setuju sekali dan 163 responden (54,3%)

setuju, sementara sisanya 21 responden (7%) saja yang menolak penghukuman terhadap *adultery*, dengan rincian 7 responden (5,7%) tidak setuju dan 4 responden (1,4%) tidak setuju sekali. (Lihat tabel 4).

Jumlah responden yang setuju terhadap pemidanaan *adultery* ini 8% lebih banyak dibandingkan dengan responden yang menginginkan untuk menghukum *fornicator*; 93 % berbanding 85%.

Responden yang setuju untuk menghukum *adultery* (279 responden) kemudian diminta untuk memberikan pendapat mereka mengenai jenis hukuman apa yang dapat dikenakan terhadap *adulterer*. Format pertanyaannya dirancang sebagai berikut : “Jika pilihanmu adalah setuju atau setuju sekali, hukuman apa yang dapat dikenakan kepada pelaku perzinaan yang sudah bersuami/istri?”. Untuk menjawab pertanyaan ini responden diberi keleluasaan dalam jawabannya dengan menyediakan kolom kosong. Sebagaimana jenis hukuman terhadap *fornicator*, terhadap *adulterer* pun jawaban dari para responden sangat bervariasi, yakni 32 responden (11,5%) menyatakan supaya dirajam, 19 responden (6,8%) menyatakan dicambuk 100x, 115 responden (41,2%) menyerahkan hukuman kepada hakim, 76 responden (27,2%) menyatakan agar dihukum sesuai dengan peraturan yang berlaku, 10 responden (3,6%) menghendaki agar diasingkan dari hubungan sosial, 7 responden (2,2%) memilih agar diusir dari tempat di mana ia tinggal, 3 responden (1%) menyerahkan hukumannya pada Tuhan di akherat, 2 responden (0,7%) memilih hukuman perdata yakni diceraikan dan sisanya 15 responden (5,4%) menyatakan tidak tahu/tidak menjawab (lihat tabel 5).

Realitas inipun menunjukkan bahwa meskipun mayoritas responden (93%) menghendaki agar *adulterer* dihukum, tetapi jenis hukuman yang mereka sebutkan untuk *adulterer* sangat beraneka ragam. Dan meskipun mayoritas mereka muslim, hukuman rajam bagi *adulterer* hanya dikehendaki oleh 11,5% responden saja. Hal ini menunjukkan bahwa pembedaan terhadap *adulterer* sudah menjadi norma sosial, tetapi jenis hukuman menurut hukum Islam (*rajam*) belum menjadi norma sosial..

Tabel 2

Pandangan Masyarakat tentang Pemidanaan Bagi fornicator (Pezina ghoiru Muhson)
(N = 300/100%)

Gender	Pemberian Hukuman Bagi Pezina (Fornication/Ghoiru Muhson)				
	Setuju Sekali	Setuju	Tidak Setuju	Tidak Setuju Sekali	Total
Perempuan	44 (14,7%)	90 (30%)	21 (7%)	2 (0,7%)	157 (52,3%)
Laki-laki	37 (12,3%)	84 (28%)	20 (6,7%)	2 (0,7%)	143 (47,7%)
Total	81 (27%)	174 (58%)	41 (13,7%)	4 (1,3%)	300 (100%)

Tabel 3

Pendapat Masyarakat tentang Jenis Hukuman Bagi Fornicator (Pezina ghoiru Muhson)
(N = 255/100%)

Sikap	Jenis Hukuman Bagi Pezina (Fornication/Ghoiru Muhson)								
	Dicambuk 100 kali	Hukuman diserahkan kepada Hakim	Ditakutkan dana kalau perlu dipaksa	Dihukum sesuai dengan peraturan yang berlaku	Disingkan dari hubungan sosial	Disir dari tempat di mana ia tinggal	Hukuman diserahkan kepada Tuhan di akhirat	Tidak tahu	Total
Setuju	19 (7,5%)	54 (21%)	25 (10%)	50 (19,6%)	9 (3,5%)	3 (0,1%)	5 (1,9%)	9 (3,5%)	174 (68,2%)
Setuju Sekali	7 (2,7%)	34 (13,5%)	8 (3%)	14 (5,5%)	-	2 (0,8%)	1 (0,4%)	5 (1,9%)	81(31,8%)
Total	26 (10,2%)	88 (34,5%)	33 (13%)	64 (25%)	9 (1,9%)	5 (1,9%)	6 (2,3%)	14(5,4%)	255 (100%)

Tabel 4
 Pandangan Masyarakat tentang Pemidanaan Bagi Adultery (Pezina Muhson)
 (N = 300/100%)

Gender	Pemberian Hukuman Bagi Pezina (Fornication/Ghoiru Muhson)				
	Setuju Sekali	Setuju	Tidak Setuju	Tidak Setuju Sekali	Total
Perempuan	63 (21%)	81 (27%)	11 (3,7%)	2 (0,7%)	157 (52,4%)
Laki-laki	53 (17,6%)	82 (27,3%)	6 (2%)	2 (0,7%)	143 (47,6%)
Total	116 (38,6%)	163 (54,3%)	17 (5,7%)	4 (1,4%)	300 (100%)

Tabel 5

Pendapat Masyarakat tentang Jenis Hukuman Bagi Adultery (Pezina Muhson)
(N = 279/100%)

Sikap	Jenis Hukuman Bagi Pezina (Fornication/Ghoiru Muhson)									
	Diriam	Dicambuk 10 kali	Hukuman diserahkan kepada Hakim	Dihukum sesuai dengan peraturan yang berlaku	Diasingkan dari hubungan sosial	Diusir dari tempat di mana ia tinggal	Hukuman diserahkan kepada Tuhan di akhirat	Diceraikan	Tidak tahu	Total
Setuju	12 (4,3%)	9 (3,2%)	64 (22,9%)	53 (19%)	6 (2,2%)	5 (1,8%)	3 (1%)	1 (0,4%)	10 (3,6%)	163 (58,4%)
Skeptis sikap	20 (7,2%)	10 (3,6%)	51 (18,3%)	23 (8,2%)	4 (1,4%)	2 (0,7)	-	1 (0,4%)	5 (1,8%)	116 (41,6%)
Tidak mengetahui	32 (11,5%)	19 (6,8%)	115 (41,2%)	76 (27,2%)	10 (3,6%)	7 (2,5%)	3 (1%)	2 (0,7%)	15 (5,4%)	279 (100%)

Seperti telah diuraikan sebelumnya, bahwa kebijakan formulasi delik perzinaan yang diatur dalam KUHP yang sekarang berlaku jika ditinjau dari perspektif kebijakan kriminal terdapat beberapa masalah baik dari segi rumusan deliknya yang tidak mencerminkan nilai-nilai budaya dan hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia, yang masih memegang teguh nilai-nilai moralitas dan agama, kemudian sifatnya sebagai delik aduan yang lebih cocok untuk pandangan hidup orang barat yang sangat individualistis, sehingga perzinaan dianggap sebagai masalah privat maupun sanksi pidananya yang mencerminkan bahwa delik perzinaan ini memiliki bobot delik sangat ringan, yang karenanya hanya diancam maksimal penjara 9 bulan. Kebijakan yang seperti ini oleh Barda Nawawi Arief disebut sebagai kebijakan yang tidak berorientasi pada pendekatan kebijakan dan pendekatan nilai bahkan dari perspektif kebijakan kriminal, kebijakan seperti ini justru menjadi faktor kriminogen.

Di muka juga telah dikumpulkan data tentang formulasi delik perzinaan yang diatur dalam KUHP negara-negara asing sebagai kajian perbandingan. Kemudian dikemukakan pula bagaimana konsep KUHP tahun 2004 mengatur dan merumuskan delik perzinaan. Dan penelitian ini pun dilengkapi dengan hasil survey mengenai pandangan masyarakat kota Semarang terhadap delik perzinaan di mana 85% menghendaki agar perzinaan yang dilakukan oleh pria dan wanita yang masih sama-sama lajang (*fornication*) dihukum pidana, dan terhadap *adulterer* 93% menghendaki juga untuk dipidana.

Berdasarkan kajian-kajian di atas, maka kajian yang paling akhir dari bagian penelitian ini adalah sebuah tawaran atau usulan tentang bagaimana sebaiknya delik perzinaan itu diformulasikan dalam KUHP ke depan, yang merupakan bagian dari pembaharuan hukum pidana di Indonesia yang berorientasi pada nilai-nilai politik, filosofik dan sosial masyarakat Indonesia.

a. Tentang Rumusan Delik

Jika KUHP hanya memidana delik perzinaan (*adultery/zina muhsan*), maka sebaiknya formulasi ke depan delik perzinaan harus meliputi pula terhadap perbuatan yang dilakukan oleh pria dan wanita yang sama-sama masih lajang (*fornication/zina ghairu muhsan*), karena norma sosial menghendaki adanya kriminalisasi terhadap perzinaan jenis *fornication* ini.

Konsep KUHP 2004 memang telah mengkriminalisasi delik perzinaan *fornication*, tetapi menurut hemat penulis rumusan deliknya terlalu bertele-tele. Ada lima jenis perbuatan yang dikualifikasi sebagai delik perzinaan; laki-laki beristri bersetubuh dengan pria yang bukan istrinya, perempuan yang bersuami bersetubuh dengan laki-laki yang bukan suaminya, laki-laki perjaka bersetubuh dengan perempuan bersuami, perempuan gadis bersetubuh dengan pria beristri dan laki-laki dan perempuan yang masing-masing belum menikah melakukan persetubuhan. Rumusan seperti ini terlalu bertele-tele dan tidak praktis. Jika kebijakan yang akan diambil adalah memidana baik yang *adultery* maupun *fornication*, artinya tidak membedakan apakah pelakunya telah terikat perkawinan atau sama-sama masih lajang dan tidak membedakan apakah pelakunya laki-laki

atau perempuan, mestinya rumusan deliknya bisa dibuat lebih simpel dan praktis. Misalnya “barang siapa dengan sengaja melakukan persetubuhan di luar pernikahan yang sah, dipidana dengan ... dan seterusnya. Bila perlu dalam penjelasan pasalnya diberi keterangan tentang yang dimaksud dengan persetubuhan. Jika pidana yang akan dikenakan terhadap *adultery* dan *fornication* itu berbeda, maka terhadap keduanya bisa dikenakan jenis dan bobot pidana yang berbeda.

b. Tentang Sifat Delik

Dalam KUHP delik perzinaan termasuk delik aduan absolut (*absolut klachtdelict*) dan dalam konsep KUHP 2004 termasuk delik aduan relatif (*relative klachtdelict*).

Di beberapa tempat dalam penelitian ini telah di kemukakan bahwa perzinaan baik yang *adultery* maupun *fornication* dalam masyarakat Indonesia bukan saja merupakan masalah privat tetapi sudah menjadi masalah/penyakit sosial dan dalam pandangan agama dan moralitas yang dianut merupakan kejahatan yang berat yang berdampak buruk bukan saja bagi pelaku dan keluarganya, tetapi juga bagi masyarakat luas. Oleh karena itu menempatkan delik perzinaan sebagai delik aduan, baik absolut maupun relatif, adalah sebuah kebijakan yang tidak tepat dan tidak berorientasi pada pendekatan nilai (*value oriented approach*).

Oleh karena itu dengan berbagai pertimbangan tersebut di atas, menurut hemat penulis, delik perzinaan seyogyanya menjadi delik biasa (*gewone delicten*), sehingga yang mengontrol penyakit sosial ini bukan hanya orang-orang yang

berada dalam rumah tangganya (wilayah domestik) tetapi masyarakat juga bisa ikut terlibat, sehingga kejahatan ini pada gilirannya nanti dapat lebih dikendalikan, dan tidak justru menjadi faktor kriminogen. Oleh karena sifat dan hakekat delik perzinaan yang seperti itulah maka dalam melakukan survey, penulis tidak merasa perlu untuk menggali data tentang pandangan masyarakat terhadap sifat delik aduan dari perzinaan. Di sisi lain terdapat kendala terhadap pemahaman para responden tentang hakekat delik aduan. Jika perihal delik aduan ini dipaksakan untuk dipertanyakan kepada para responden (yang tidak memahami hakekat persoalan yang ditanyakan) akan menghasilkan data yang bias.

Di negara-negara di mana unsur agama dan moral masih dipegang teguh dan menjadi bagian dalam tata hukum pidana (KUHP) mereka, di samping melakukan kriminalisasi terhadap *fornication*, delik perzinaan juga dikualifikasi sebagai delik biasa (*gewone delicten*).

Namun jika dalam proses legislasinya nanti menemui kendala, karena adanya desakan yang kuat agar delik perzinaan dijadikan sebagai delik aduan karena mereka menganggap unsur privacynya lebih menonjol dibandingkan kepentingan sosial yang ingin dilindungi maka delik aduan relatif (*relative kachtdelict*) sebagaimana kebijakan yang ditempuh oleh konsep KUHP 2004, bisa dijadikan sebagai kebijakan alternatif dalam mereformulasi delik perzinaan ke depan.

c. Tentang Pidana dan Pemidanaan

Berdasarkan hasil survey penulis, meskipun mayoritas masyarakat menghendaki agar perzinaan dalam segala jenisnya, baik *fornication* (85%) maupun *adulter* (93%) dihukum pidana dan pendapat mereka dipengaruhi oleh penghayatannya terhadap agama (terutama Islam), tetapi hanya 10,2% responden saja yang menghendaki diterapkannya pidana Islam (100 kali cambuk) bagi *fornicator* dan 11,5% yang menghendaki agar *adulterer* dirajam. Itu artinya bahwa kримinaslisasi terhadap *fornication* dan *adultery* telah menjadi norma sosial, sementara jenis hukuman pidana Islam (cambuk dan rajam) belum menjadi norma sosial.

Meski hukuman bagi pezina masuk dalam hukuman *had*, yang telah diatur secara normatif dalam al-Qur'an dan Hadits yang menurut kajian klasik sudah tidak ada lagi ruang bagi orang muslim kecuali untuk mematuhi aturan normatif tersebut, bagaimanapun pendapat ini dalam tradisi pemikiran Islam bukanlah satu-satunya pendekatan penafsiran yang sah. Penafsiran lain, seperti yang diusulkan oleh Fazlurrahman, pemikir Islam kontemporer, menyatakan bahwa *hukuman had* (cambuk dan *rajam*) bukanlah satu-satunya hukuman yang dapat dikenakan kepada para pezina. Rahman berkeyakinan bahwa keabadian dan universalitas Qur'an tidak terletak pada jenis hukumannya yang spesifik, tetapi ada dalam prinsip moralnya. Jenis hukuman yang spesifik dalam Qur'an hanyalah merupakan produk dialogis antara universalitas Qur'an dengan kondisi sosial Arab ketika itu. Oleh karenanya hukuman bagi *fornicator* dan *adulterer* dapat

bervariasi sepanjang dapat merefleksikan prinsip-prinsip idealitas moral al-Qur'an.

127

Sehubungan dengan realitas sosial yang justru mayoritas responden menghendaki agar sanksi pidana bagi pezina bentuknya diserahkan kepada hakim dan dihukum menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku, yakni 60,5% untuk *fornication* dan 68,8% untuk *adultery*, maka kebijakan sanksi pidana penjara sebagaimana yang telah dirumuskan KUHP, perlu untuk tetap dipertahankan dengan beberapa perbaikan, yang direkonstruksi dan direformulasi pada kajian berikut ini.

Telah dikemukakan di muka bahwa pidana terhadap delik perzinaan dalam KUHP adalah pidana penjara selama-lamanya 9 (sembilan) bulan yang karenanya berarti :

- 1). Jenis pidana yang diancamkan terhadap delik perzinaan (sebagaimana juga terhadap delik-delik lain yang pada umumnya dianut oleh KUHP) memakai sistem permusan pidana penjara secara tunggal.
- 2). KUHP mengkualifikasi delik perzinaan ini sebagai delik yang memiliki bobot "sangat ringan".
- 3). Sebagaimana terhadap delik-delik lain dalam KUHP, sanksi pidana terhadap delik perzinaan tidak memakai pola minimum khusus.

¹²⁷ Abu Hapsin, *The Aplicability of Islamic loaw to The Indonesian Criminal Law : Study of the Community of Central Java's Perspective Concerning Sexual Misconduct*, Mahidol University, Bangkok, 2002, hal. 184-185.

Di muka juga penulis analisis kelemahan sistem pemidanaan tersebut di atas sebagai kebijakan yang “bermasalah”. Oleh karena itu kebijakan pidana dan pemidanaan terhadap delik perzinaan ke depan seyogyanya diformulasi sebagai berikut :

1). Dari sudut strafsoort (jenis pidana), pidana penjara sebagai jenis pidana pokok bagi delik perzinaan, masih sangat relevan. Barda mengemukakan bahwa kebijakan pidana penjara harus digunakan secara selektif yaitu hanya ditujukan terhadap perbuatan-perbuatan :

- yang bertentangan dengan kesusilaan, agama dan moral Pancasila.
- Yang membahayakan atau merugikan kehidupan masyarakat, bangsa dan negara.
- Yang menghambat tercapainya pembangunan nasional.¹²⁸

Delik perzinaan menurut hemat penulis (berdasarkan kajian dimuka) dapat memenuhi kriteria-kriteria di atas, terutama kriteria pertama dan kedua.

Meski jenis pidana penjara masih relevan untuk delik perzinaan, tetapi sistem perumusannya sangat kaku, absolut dan imperatif karena dirumuskan secara tunggal, sehingga tidak sesuai dengan ide individualisasi pidana dan kontradiksi dengan ide dasar yang melatarbelakangi diterapkannya pidana penjara dengan sistem pemasyarakatan di Indonesia.

Oleh karena itu perlu ada reformulasi terhadap perumusan pidana penjara tunggal ini. Sekiranya tidak dapat dihindari penggunaan perumusan ancaman

¹²⁸ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif ...*, Op. Cit., hal. 196.

pidana penjara secara tunggal, maka perlu diimbangi dengan ketentuan umum mengenai pedoman penerapannya yang memberi kewenangan kepada hakim untuk menghindari, membatasi atau memperlunak penerapan pidana penjara yang dirumuskan secara *imperatif* tersebut.

Jenis pidana yang bisa dialternatifkan atau dikumulasikan terhadap delik perzinaan (di samping pidana penjara) adalah pidana denda, sebagaimana ancaman pidana yang dikenakan terhadap delik persetubuhan terhadap anak di bawah umur, kumpul kebo, pelacuran di tempat umum, *incest* (pasal 485 sampai dengan pasal 488 Konsep KUHP tahun 2004).

KUHP malaysia juga memberikan ancaman pidana alternatif terhadap delik perzinaan, yakni penjara seumur hidup atau penjara 10 tahun dan denda atau dera (pasal 377).

- 2). Dari sudut strafmaat (berat ringannya pidana), dari sudut ini kebijakan ancaman pidana KUHP terhadap delik perzinaan (maksimal penjara 9 bulan) sangat tidak sesuai dengan bobot delik perzinaan yang dalam pandangan masyarakat Indonesia merupakan kejahatan yang sangat keji dan berbahaya. Oleh karena itu kebijakan ke depan hendaknya KUHP memberikan ancaman maksimum pidana yang lebih berat. Konsep KUHP tahun 2004 memang telah meningkatkan ancaman maksimum pidana penjara bagi delik perzinaan yakni 5 tahun penjara, tetapi melihat keseriusan delik ini maka ancaman maksimalnya bisa diperberat lagi. Dan mengingat beratnya bobot delik ini dan bahaya negatif yang ditimbulkannya, maka perlu juga dipergunakan sistem

minimal khusus dalam ancaman pidananya, di samping untuk menghindari adanya *disparitas* yang tinggi yang telah dikatakan (dalam uraian di muka) oleh Muladi sebagai faktor kriminogen dalam sistem peradilan pidana. Di beberapa KUHP negara asing, seperti Prancis, Argentina dan Austria, meskipun perzinaan dikategorikan sebagai delik yang berbobot ringan sehingga ancaman maksimumnyapun hanya 2 tahun tutupan (Prancis), maksimal 1 tahun tutupan (Argentina) dan maksimal kurungan 6 bulan (Austria), tapi sistem perumusan mereka mengenal minimum khusus, yakni tutupan minimal 3 bulan (Prancis), tutupan minimal 1 bulan (Argentina) dan minimal kurungan 1 bulan (Austria).

Yang lebih janggal dari sudut *strafmaat* terjadi juga pada delik kumpul kebo yang diatur dalam pasal 486 konsep KUHP tahun 2004, yang hanya memidana penjara maksimal 2 tahun penjara dan denda paling banyak kategori III. Jika untuk sekali perbuatan zina saja konsep KUHP 2004 memidana maksimal 5 tahun penjara, masa untuk kumpul kebo, di mana perzinaan dilakukan secara terus menerus dan lebih meresahkan masyarakat, pidana maksimumnya lebih rendah. Mestinya justru pidana bagi delik kumpul kebo adalah lebih berat dari delik perzinaan. Dalam KUHP Argentina, pidana bagi *adultery* dan kumpul kebo disamakan, yakni pidana tutupan minimal 1 bulan dan maksimal 1 tahun.

- 3). Dari sudut strafmodus (cara pelaksanaan pidana), telah dikemukakan pada uraian angka satu di atas, bahwa sekiranya tidak dapat dihindari penggunaan

perumusan pidana secara tunggal, seperti dirumuskan oleh KUHP dan konsep KUHP tahun 2004, dalam ketentuan umumnya perlu ada pedoman penerapannya agar lebih fleksibel dan berorientasi pada individualisasi pidana, yakni hakim diberi kesempatan untuk memilih alternatif pidana lainnya yang tidak tercantum dalam rumusan deliknya atau mengenakan pidana secara kumulatif dengan pidana lain. Pasal 56 Konsep KUHP tahun 2004 memberikan pedoman penerapan pidana penjara dengan perumusan tunggal sebagai berikut :

- (a). Jika seseorang melakukan tindak pidana yang hanya diancam dengan pidana penjara, sedangkan hakim berpendapat tidak perlu menjatuhkan pidana penjara setelah mempertimbangkan ketentuan sebagaimana dimaksud pasal 51 (tujuan pemidanaan, pen.) dan pasal 52 (pedoman pemidanaan, pen.). maka orang tersebut dapat dijatuhi pidana denda.
- (b). Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku bagi orang yang pernah dijatuhi pidana penjara untuk tindak pidana yang dilakukan setelah 18 (delapan belas) tahun.
- (c). Pidana denda yang dapat dijatuhkan berdasarkan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah denda paling banyak menurut kategori V (tiga ratus juta rupiah, pen.) dan denda paling sedikit menurut kategori III (tiga puluh juta rupiah, pen.).
- (d). Jika tujuan pemidanaan tidak dapat dicapai hanya dengan penjatuhan pidana penjara, maka untuk tindak pidana terhadap harta benda yang

hanya diancam dengan pidana penjara dan mempunyai sifat merusak tatanan sosial dalam masyarakat, dapat dijatuhi pidana denda paling banyak kategori V bersama-sama dengan pidana penjara (diterapkan secara kumulatif, pen.).

Jika kebijakan formulasi yang akan diterapkan terhadap delik perzinaan berupa pidana secara alternatif, misalnya dengan pidana denda, dalam ketentuan umumnya juga perlu ada pedoman penerapan pidana yang diterapkan secara kumulatif.

Dan jika pidana denda ini akan dikenakan terhadap delik perzinaan, yang diancamkan bersama-sama dengan pidana penjara, maka pelaksanaan pidana denda dapat dibayar dengan cara mencicil dalam tenggang waktu sesuai dengan putusan hakim, dan jika denda tersebut tidak dibayar secara penuh dalam tenggang waktu yang ditetapkan, maka untuk denda yang tidak dibayar tersebut dapat diambil dari kekayaan atau pendapatan terpidana. Adapun jika pengambilan kekayaan atau pendapatan terpidana tersebut tidak memungkinkan, maka denda yang tidak dibayar tersebut diganti dengan pidana kerja sosial, pidana pengawasan, atau pidana penjara, seperti pedoman pelaksanaan pidana denda yang diatur pada pasal 78 dan 79 Konsep KUHP tahun 2004.

BAB IV

PENUTUP

A. KESIMPULAN

Pembaharuan Hukum Pidana (KUHP) di Indonesia adalah suatu keharusan yang tidak bisa ditawar, karena secara politis KUHP merupakan produk warisan kolonial Belanda yang dipaksakan keberlakuannya di Indonesia, secara filosofis KUHP tidak sesuai dengan falsafah hidup bangsa Indonesia dan secara sosiologis KUHP tidak mencerminkan nilai-nilai sosial budaya bangsa Indonesia, di samping sebagiannya sudah tidak sesuai lagi dengan tuntutan perkembangan masyarakat. Salah satu masalah dalam KUHP yang perlu diperbaharui dan direformulasi adalah mengenai delik perzinaan.

Secara keseluruhan penelitian ini menghasilkan dua kesimpulan sebagai berikut :

1. Dalam perspektif kebijakan kriminal kebijakan formulasi delik perzinaan dalam KUHP (Pasal 284) adalah sebuah kebijakan yang “bermasalah” karena :
Pertama. Rumusan delik perzinaan yang hanya memidana kepada para pelaku yang telah sama-sama atau salah satunya telah terikat oleh perkawinan (*adultery*) dan tidak mengkriminalisasi mereka yang sama-sama masih lajang (*fornication*) adalah sangat tidak sesuai dengan nilai-nilai kesusilaan masyarakat Indonesia yang masih memegang teguh nilai-nilai moral dan agama.

Tiga agama besar; Islam, Yahudi dan Kristen memandang hubungan seksual di luar nikah, baik *adultery* maupun *fornication* sebagai perbuatan yang sangat keji, jahat dan merupakan dosa yang sangat besar. Di negara-negara yang masih memegang teguh nilai-nilai moral, hubungan antara hukum dengan moral dan agama tidak dapat dipisahkan. Apa yang dianggap melanggar moral dan agama harus mendapat legitimasi dalam hukum pidananya. Berbagai hasil penelitian dan forum ilmiah baik nasional maupun internasional terkuak adanya keinginan untuk menggali norma-norma hukum yang bersumber dan berakar pada nilai-nilai budaya, moral dan agama yang dianut oleh masyarakat.

Tidak dipidanya *fornication* dalam KUHP telah membuka peluang bagi kebebasan seksual para remaja yang menimbulkan dampak negatif yang sangat besar dan meluas.

Kedua. Sifatnya sebagai delik aduan absolut (*absolut klachdelict*) yang dilatarbelakangi oleh budaya Eropa Barat yang *individualistik-liberalistik*, juga sangat bertentangan dengan struktur sosial budaya masyarakat Indonesia yang bersifat kekeluargaan, *kolektivistik* dan *monodualistik*. Dalam masyarakat Indonesia perzinahan bukan semata-mata masalah privat, tetapi menjadi masalah dan penyakit sosial dan agama yang berbahaya. Dampak buruk dari perzinahan tidak semata-mata menimpa para pelaku dan keluarganya, tetapi juga merusak tatanan moral masyarakat. Dengan demikian sangat tidak bijaksana jika menempatkan delik perzinahan sebagai delik aduan, apalagi aduan absolut. Kebijakan ini bahkan justru telah menjadi faktor kriminogen.

Ketiga. KUHP menempatkan delik perzinaan sebagai delik yang berbobot sangat ringan, karenanya hanya dihukum maksimal 9 bulan penjara. Di tinjau dari tujuan pemidanaan rumusan seperti ini akan menjadi kendala bagi upaya penanggulangan kejahatan (kebijakan kriminal), karena kurang memberikan prevensi yang bersifat khusus kepada terpidana maupun yang bersifat umum kepada masyarakat.

Memberikan sanksi pidana yang sangat ringan terhadap kejahatan yang oleh masyarakat dianggap berat dan berbahaya akan melukai rasa keadilan sosial, sehingga masyarakat tidak merasa terlindungi oleh hukum yang pada gilirannya akan menimbulkan ketidakpercayaan terhadap hukum dan pada akhirnya akan memicu tindakan main hakim sendiri.

2. Sebagai bahan pertimbangan untuk melakukan pembaharuan formulasi delik perzinaan dimasa yang akan datang, telah diperoleh data tentang perbandingan delik perzinaan dalam berbagai KUHP asing yang secara ringkas dapat dikelompokkan ke dalam tiga bagian :

Kelompok Pertama; negara-negara yang sama sekali tidak memandang perzinaan sebagai suatu delik, kecuali bila hubungan seksual di luar nikah itu dilakukan dengan paksaan, dengan anak di bawah umur, lemah pikiran dan lemah posisi, dan di negara-negara tertentu *incest* dan *buggery*. Negara-negara kelompok ini ialah Belanda, Inggris, Thailand, Jepang dan Greenland.

Kelompok kedua; adalah negara-negara yang memandang perzinaan sebagai tindak pidana, tetapi hanya meliputi *adultery* dan dikualifikasi sebagai delik

aduan absolut. Negara kelompok kedua ini juga memandang bahwa perzinaan sebagai delik yang berbobot ringan, sehingga ancaman pidananya pun tergolong ringan, meskipun di beberapa negara menggunakan sistem pidana minimum khusus. Negara-negara kelompok ini meliputi negara Prancis, Argentina, Austria dan Korea.

Kelompok Ketiga; adalah negara-negara yang merumuskan perzinaan dalam segala bentuknya, baik *adultery* (*zina muhsan*) maupun *fornication* (*zina ghoiru muhsan*) sebagai tindak pidana yang berbobot delik berat, sehingga ancaman maksimumnya pun hukuman mati. Delik perzinaan dikualifikasi sebagai delik biasa (*gewone delicten*). Negara-negara kelompok ketiga ini adalah negara yang penduduknya mayoritas beragama Islam, sehingga formulasi delik perzinaan mendapat pengaruh kuat dari hukum pidana Islam. Negara-negara ini meliputi Malaysia, Kelantan dan Nigeria.

Dari sudut yuridis-empiris, telah diperoleh data hasil penelitian bahwa mayoritas responden menghendaki agar perzinaan dalam segala bentuknya dihukum pidana, yakni terhadap *fornication* dikehendaki oleh 85% responden dan terhadap *adultery* dikehendaki oleh 93% responden. Itu artinya bahwa kriminalisasi terhadap *fornication*, apalagi terhadap *adultery* sudah menjadi norma sosial. Adapun jenis pidana yang diancamkan kepada para *adulterer* dan *fornicator*, pendapat para responden sangat bervariasi dan mayoritas mereka menghendaki

agar hukuman bagi *fornicator* (60,5%) dan *adulterer* (68,8%) diserahkan kepada hakim dan dihukum sesuai dengan peraturan yang berlaku.

Kebijakan formulasi delik perzinaan dalam KUHP ke depan sebaiknya diformulasikan sebagai berikut :

Pertama, rumusan delik perzinaan harus meliputi semua bentuk perzinaan, baik yang dilakukan oleh orang yang telah terikat perkawinan (*adultery*) maupun yang dilakukan oleh orang yang sama-sama belum terikat perkawinan (*fornication*). Konsep KUHP tahun 2004 memang telah mengkriminalisasi delik perzinaan *fornication*, tapi rumusan deliknya perlu dibuat lebih simpel dan praktis.

Kedua, Perzinaan, baik yang *adultery* maupun *fornication* seyogyanya dijadikan sebagai delik biasa (*gewone delicten*). Namun jika dalam proses legislasinya menemui kendala, karena ada arus besar yang menghendaki agar delik perzinaan dijadikan sebagai delik aduan absolut, maka delik aduan relatif sebagaimana kebijakan yang telah ditempuh oleh Konsep KUHP tahun 2004 bisa dijadikan sebagai kebijakan alternatif.

Ketiga, kebijakan pidana dan ppidanaan terhadap delik perzinaan seyogyanya diformulasikan sebagai berikut :

- Dari sudut *strafsoort* pidana penjara sebagai pidana pokok bagi delik perzinaan masih relevan, tapi sistem perumusannya yang sangat kaku, absolut dan imperatif, karena dirumuskan secara tunggal perlu direkonstruksi dan dialternatifkan atau dikumulasi dengan pidana denda misalnya.

- Dari sudut *Strafmaat*, bobot pidananya perlu diperberat sesuai dengan bobot deliknya yang berat. Demikian juga agar tidak terjadi adanya disparitas pidana yang tinggi, perlu juga diterapkan sistem minimal khusus terhadap pidana delik perzinaan.
- Dari sudut *Strafmodus*, sekiranya perumusan secara tunggal tidak bisa dihindari dan ingin tetap dipertahankan, dalam ketentuan umumnya perlu adanya pedoman penerapan agar hakim diberi kewenangan untuk membatasi atau memperlunak penerapan pidana secara tunggal tersebut. Jika pidana yang akan diterapkan terhadap delik perzinaan bersifat alternatif misalnya penjara dan denda perlu juga adanya pedoman penerapan pidana yang diterapkan secara kumulatif. Dalam pelaksanaannya pidana denda dapat dibayar secara mencicil sesuai dengan tenggang waktu yang diputuskan oleh hakim, jika denda tidak dibayar dalam tenggang waktu tersebut, maka denda dapat diambil dari kekayaan atau pendapatan terpidana. Kalaupun yang terakhir ini tidak memungkinkan, maka denda yang tidak terbayar diganti dengan pidana kerja sosial, pidana pengawasan atau pidana penjara.

B. SARAN-SARAN

1. Konsep KUHP yang telah disusun sejak tahun 1964 dan terus disempurnakan hingga konsep KUHP tahun 2004 hendaknya segera dilimpahkan ke Badan Legislatif, agar segera bisa dibahas dan kemudian disahkan dengan selalu memperhatikan nilai-nilai sosiologis, filosofis dan politis masyarakat Indonesia.

2. Hendaknya perlu disosialisasikan baik kepada para legislator, akademisi hukum, dan praktisi hukum tentang berbagai hasil penelitian dan seminar-seminar baik nasional maupun internasional yang mengemukakan adanya keinginan untuk menggali norma-norma hukum yang bersumber dan berakar pada nilai-nilai budaya, moral dan agama yang dianut oleh masyarakat. Sekaligus juga perlu dibudayakan untuk melakukan penelitian dan penggalian terhadap nilai-nilai hukum yang berakar dari budaya, moral dan agama tersebut, untuk selanjutnya dijadikan sebagai sumber dan dasar bagi pembaharuan hukum kita.
3. Delik perzinaan adalah delik yang sangat melukai nilai-nilai kesusilaan, moral dan agama yang dianut oleh masyarakat Indonesia. Oleh karena itu dalam mereformulasi dan mereformasi delik perzinaan sebagai bagian dari pembaharuan KUHP hendaknya berorientasi pada pendekatan kebijakan (*policy oriented approach*) dan berorientasi pada pendekatan nilai (*value oriented approach*). Pembaharuan yang berorientasi pada pendekatan kebijakan dan nilai, akan menghasilkan formulasi hukum yang sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.
4. Kebijakan formulasi delik perzinaan ke depan, hendaknya bukan hanya memidana *adultery* tetapi juga mengkriminalisasi *fornication* serta dijadikan sebagai delik biasa, dan karena nilai-nilai susila, moral dan agama yang dianut oleh masyarakat Indonesia memandang bahwa perzinaan sebagai kejahatan yang berat dan berbahaya maka delik perzinaan harus ditempatkan sebagai

kejahatan yang berbobot delik berat, sehingga ancaman pidananya juga harus sesuai dengan bobot deliknya. Demikian pula agar tidak terjadi *disparitas* pidana yang tajam, maka pidana terhadap delik perzinaan hendaknya menggunakan sistem minimal khusus.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdillah, Masykuri, *Hukum Islam dalam Konteks Hukum Nasional*, Makalah dalam Seminar dan Bedah Buku Elektisisme Hukum Nasional, Program Pascasarjana, IAIN Walisongo Semarang, 20 Juni 2002.
- Agus Santoso, Muhari, *Paradigma Baru Hukum Pidana*, Averoes Press, Malang, 2002.
- Alkostar, Artidjo, "Pembangunan Hukum dan Keadilan" dalam Moh. Mafud MD., dkk. (Ed.), *Kritik Sosial dalam Wacana Pembangunan*, UII Press, Yogyakarta, 1999.
- Al-Syathiby, *Al-Muwafaqat fi Ushul al-Ahkam*, Jilid I, Dar'al Fikr, tth.
- Arief, Barda Nawawi, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998
- , *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya, Bandung, 1996
- , *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya, Bandung, 2003
- , *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, CV. Aneka, Semarang; 1996.
- , *Perbandingan Hukum Pidana (cet. 3)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1998.
- , *Pokok-pokok Pemikiran (Ide Dasar) Asas-asas Hukum Pidana Nasional*, Makalah Pada Seminar Nasional "Asas-Asas Hukum Pidana Nasional", Kerjasama BPHN dan HAM dengan FH UNDIP, Semarang, 26-27 April 2004.
- , *Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002.
- , (Ed.), *Zamfara State of Nigeria : Shari'ah Penal Code Law*, Januari 2000, Program Magister Ilmu Hukum Pasca Sarjana Undip, Semarang, 2004, hal. 19-21
- Arifin, Bustanul, SH. Prof. DR. H., *Transformasi Syari'ah ke dalam Hukum Nasional*, Yayasan al Hikmah, Jakarta, tahun 1999.
- Asshiddiqie, Jimly, *Agenda Pembangunan Hukum Nasional di Abad Globalisasi*, Balai Pustaka, Jakarta, 1988.
- , *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia; Studi tentang Bentuk-Bentuk Pidana Dalam Tradisi Hukum Fiqh dan Relevansinya Bagi Usaha Pembaharuan KUHP Nasional*, Angkasa, Bandung, 1996.

- Audah, Abdul Qodir, *Islamic System of Justice*, International Islamic Publishers, 1982.
- Aziz Dahlah (Ed.), Abdul, *Ensiklopedi Hukum Islam*, jilid 6, Ikhtiar Baru van Houve, Jakarta, 1996.
- Chaeruddin, *Delik Perzinaan dalam Perspektif KUHP Nasional*, Mimbar Hukum No. 32 Th. VIII, Al Hikmah dan Ditbinbapera Islam, Jakarta, hal. 33.
- Departemen Agama RI, *Al Qur'an dan Terjemahannya*, PT Internasa, Jakarta, 1985/1986.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, 1991.
- Devlin, Patrick, *The Enforcement of Moral*, Oxford University Press, Oxford, 1977.
- Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-undangan Dep. Kum dan HAM, *Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, 2002.
- , *Rancangan KUHP*, Jakarta, 2004.
- Farid, A. Zainal Abidin, *Hukum Pidana I*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995.
- GBHN '99, Bab IV A.2, Zahwa Putra, Solo
- Hadi, Sutrisno, *Metodologi Research Jilid I*, (Yayasan Penerbit Fakultas Psikologi UGM, Yogyakarta; 1984.
- Hamzah, Andi, *Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995.
- , *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia* (cet. 2), Pradnya Paramita, Jakarta, 1993.
- , (Ed.), *KUHP Austria Sebagai Perbandingan*, (terj.) , Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.
- , (Ed.), *KUHP Jepang Sebagai Perbandingan*, (terj.), Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.
- , (Ed.), *KUHP Malaysia Sebagai Perbandingan*, (terj.) , Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.
- , (Ed.), *KUHP Prancis sebagai Perbandingan*, (terj.) Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.
- , (Ed.), *KUHP Republik Korea Sebagai Perbandingan*, (terj.) , Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.
- , (Ed.), *KUHP Thailand Sebagai Perbandingan*, (terj.) , Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.

- Hanitijo Soemitro, Ronny, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta; 1994.
- Hapsin, Abu, *The Aplicability of Islamic law to The Indonesian Criminal Law : Study of the Community of Central Java's Perspective Concerning Sexual Misconduct*, Mahidol University, Bangkok, 2002.
- Harkrisnowo, Harkristuti, *Tindak Pidana Kesusilaan dalam Perspektif Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, dalam Muhamamad Amin Suma (Ed.), *Pidana Islam di Indonesia : Peluang, Psrospek dan Tantangan*, Pustaka Firdaus, Jakarta, th. 2001
- Hart, HLA., *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1963.
- Hasan Nasr, Syed, *Islam Antara Cita dan Fakta (terj.)*, Leppenias, Jakarta, 1981,
- Holleman, J.F., *Van Vollen Hoven on Indonesian Adat Law*, sebagaimana dikutip oleh Ratna Loekito, *Pergumulan antara Hukum Islam dan Adat di Indonesia*, INIS, Jakarta, 1998.
- Hornby et. All, A. S., *Kamus Inggris-Indonesia*, Edisi Dwi Bahasa, PT. Bentara antar Asia, Jakarta; 1984.
- Huijbers, Theo, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1995.
- Husain Muslim bin Al Hajjaj Ibnu Muslim Al Qusyairi An Naisaburi, Abu, *Sahih Muslim*, Jld. II, Dar Al Kutub Al Ilmiah, Beirut, tt.
- Ibnu Hambal, Ahmad, "*Musnad Ahmad bin Hambal, Hadits No. 8595*" dalam, *CD Room Mausu'at al Hadits al Syarif*, Sahhr, Jeddah, 1995.
- Ibnu Muhammad bin Sulaiman, Abdurrahman, *Majma'ul Anhur fi Syarhil Mullaqal Abhur*, jld. I, Ulan Masydar, 1319, hal. 585
- Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, jld. II.
- Ilahi, Fadhel, *Zina (terj.)*, Qisthi Press, Jakarta, 2004.
- Jonkers, *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda (terj.)*, Bina Aksara, Jakarta, 1987.
- Kadaryanto, *Pengadilan Massa, Jawaban atas Ketidakpastian Hukum*, Makalah dalam Diskusi Panel DPC AAI se Jawa Tengah di Semarang, tanggal 29 April 2000.
- Kartono, Kartini, *Patologi Sosial*, (cet. 8). PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003.
- Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Baru, Bandung, 1984.
- Lembaga Al Kitab Indonesia, *Al Kitab*, Jakarta, 1979, hal. 598.
- Maqnis Suseno, Frans, *Etika Politik*, Gramedia, Jakarta, 1987.

- Maramis, Frans, *Perbandingan Hukum Pidana*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1994.
- Marpaung, Leden, *Kejahatan terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya*, Sinar Grafika, Jakarta, 1996.
- Moeljatno, *KUHP: Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, cet. 21, PT. Bumi aksara, 2001.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1998.
- Muladi, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, The Habibie Center, Jakarta, 2002.
- , *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, (cet. 2), Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, tahun 2002.
- , *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985.
- Ngani, Nico, *Sinerama Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1984.
- O'Dea, Thomas F., *Sociology of Religion*, Prentice Hall, Englewood, 1983.
- P. George, Robert, *Making Man Moral, Civil Liberties and Public Morality*, Oxford Clarendon Press, 1993.
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, cet. 5, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.
- , *Masalah Penegakan Hukum; Suatu Tinjauan Sosiologis*, Sinar Baru, Bandung, tth.
- RUU KUHP tahun 2004.
- S. Lev, Daniel, *Islamic Courts in Indonesia*, University of California Press, Bekeley, 1972.
- Santoso, Topo, *Membumikan Hukum Pidana Islam; Penegakan Syari'at dalam Wacana dan Agenda*, Gema Insani, Jakarta, 2003.
- , *Menggagas Hukum Pidana Islam*, Asy Syaamil, Bandung, 2000.
- Seno Adji, Oemar, *Hukum (Acara) Pidana dalam Prospekti*, Airlangga, Jakarta, 1976.
- Sianturi, SR., *Hukum Pidana Perbandingan*, Alumni AHM-PTM, Jakarta, 1982-1983.
- Soekanto dan Sri Mamudji, Soerjono, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, (cet. 2), Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2001, hal. 88. Mengenai sistem hukum dapat dibaca juga pada Nyoman Sarikat Putra Jaya, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Badan Penerbit, Universitas Diponegoro, Semarang, 2001.

- Soenaryo, *Metode Riset I*, Universitas Sebelas Maret, Surakarta; 1985.
- Subekti dan R. Tjitrosudibio, R., *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, cet. 25, Pradnya Paramita, Jakarta, 1992.
- Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981.
- , *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*.
- , *Hukum Pidana I*, cet. 2, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990.
- , *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung 1981.
- Sugandhi, R., *KUHP dan Penjelarasannya*, Usaha Nasional, Surabaya, 1981.
- Sutarto, Suryono, *Hukum Acara Pidana*, Badan Penerbit Universitas Dipnegoro, Semarang, 1995.
- Tim Penyusunan Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Indonesia, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta; 1989.
- Tongat, *Pidana Kerja Sosial dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Djambatan, Jakarta, 2002.
- Umar Sa'abah, Marzuki, *Perilaku Seks Menyimpang dan Seksualitas Kontemporer Umat Islam*, UII Press, Yogyakarta, 2001.
- UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan.
- van Bemmelen, J.M., *Hukum Pidana 3; Bagian Khusus Delik-delik Khusus*, (terj.), Binacipta, 1986.
- Wahab Khalaf, Abdul, *Ilmu Ushul Fiqh*, Maktab al dakwah al Islamiyah shabbab al Azhar, Mesir, 1990, hal. 147.
- Warrasih, Esmi, *Pemberdayaan Masyarakat dalam Mewujudkan Tujuan Hukum*, (Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum UNDIP, Badan Penerbit Undip, Semarang, 2001.
- Wignjosoebroto, Soetandyo, *Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia (perspektif sosiologi dan kontribusinya dalam penyusunan kebijakan kriminalisasi dan dekriminalisasi)*. Seminar Nasional :Kriminalisasi dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia, Yogyakarta, 15 juli 1993.